



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2015/90

Marzo 2015

LA NUEVA REGULACIÓN DEL SISTEMA BANCARIO ESPAÑOL

Alberto Javier Tapia Hermida

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail: alberto.tapia.hermida@der.ucm.es

<http://www.ucm.es/dep-derecho-mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional *EPrints Complutense*
<http://eprints.ucm.es/>

Copyright © 2015 Por el autor

LA NUEVA REGULACIÓN DEL SISTEMA BANCARIO ESPAÑOL

Alberto Javier Tapia Hermida*

Resumen:

Este estudio ofrece una primera visión panorámica de la nueva regulación del sistema bancario español establecida en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (LOSSEC) y en el Real Decreto 84/2015 (RD 84/2015) que transforman profundamente la arquitectura regulatoria del mercado bancario y del mercado de instrumentos financieros españoles para adaptarla al nuevo entorno del Derecho comunitario de los mercados financieros. En concreto, esta LOSSEC y el RD 84/2015 adaptan las condiciones de acceso y de ejercicio de la actividad bancaria por parte de las entidades de crédito, así como su supervisión y sanción por el Banco de España a los mandatos del Reglamento (UE) nº.575/2013 y de la Directiva 2013/36/UE.

Palabras clave:

Sistema bancario, entidad de crédito, mercado de instrumentos financieros, empresa de servicios de inversión, solvencia, gobierno corporativo, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, supervisión, sanción.

Abstract:

This study provides a first overview of the new regulation of the Spanish banking system established by the Act 10/2014, of 26 June, of Ordination, Supervision and Solvency of Credit Institutions (LOSSEC) and the Royal Decree 84/2015 (RD 84/2015) that profoundly transforms the regulatory architecture of the Spanish banking market and markets in financial instruments in order to adapt them to the new environment of European Union Law on financial markets. Specifically, this LOSSEC and RD 84/2015 fits the conditions of access and exercise of banking activities by credit institutions, as well as monitoring and sanctioning by the Bank of Spain to the mandates of Regulation (EU) nº.575/2013 and of Directive 2013/36/EU.

Keywords:

Banking system, credit institution, financial market instruments, investment firms, solvency, corporate governance, Bank of Spain, National Securities Market Commission, supervision, punishment.

* Catedrático (Acreditado) de Derecho mercantil. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I.	INTRODUCCIÓN.....	6
II.	ANTECEDENTES, ORIGEN Y CONTEXTO DE LA LOSSEC.....	8
	A) Antecedentes: la regulación derogada.....	8
	B) Origen: el impulso internacional.....	9
	1. El impulso europeo comunitario.....	9
	2. El impulso internacional global.	10
	C) Contexto: la Unión Bancaria, el Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y el Mecanismo Único de Resolución (MUR) y el Sistema Europeo de Supervisión Financiera.	10
III.	EL PARADIGMA REGULATORIO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA: LAS CUATRO FASES DE TIPIFICACIÓN Y RESERVA DEL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA A FAVOR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y DE EXIGENCIA A ESTAS ÚLTIMAS DE UN CONJUNTO DE REQUISITOS DE ACCESO Y DE EJERCICIO DE DICHA ACTIVIDAD.....	14
	A) La tipificación de la actividad bancaria.	14
	B) La reserva de la actividad bancaria típica a favor de las entidades de crédito.	17
	C) El acceso de las entidades de crédito a la actividad bancaria.	18
	D) El ejercicio de la actividad bancaria por las entidades de crédito.	18
	E) La supervisión y la sanción de las entidades de crédito.	19
IV.	CONDICIONES DE ACCESO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO A LA ACTIVIDAD BANCARIA: LA AUTORIZACIÓN POR EL BANCO CENTRAL EUROPEO, A PROPUESTA DEL BANCO DE ESPAÑA Y EL REGISTRO POR EL BANCO DE ESPAÑA.....	19
	A) Las tres fases del acceso: autorización administrativa, constitución privada y registro administrativo.....	19
	B) La autorización por el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España.	20
	C) Las vicisitudes de la autorización: denegación, revocación, renuncia y caducidad.	21
	D) El control de la actividad transfronteriza de las entidades de crédito.	22
	1. Operaciones de salida de entidades de crédito españolas al extranjero.....	22
	2. Operaciones de entrada en España de entidades de crédito extranjeras.	24
	E) Los Registros del Banco de España.	25

V. CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.	25
A) Requisitos corporativos	25
1. Control público de los socios relevantes: La transparencia de las participaciones significativas en el capital de las entidades de crédito.	25
1.1. <i>Regulación y noción de participación significativa.</i>	26
1.2. <i>Control público de las adquisiciones e incrementos.</i>	27
1.3. <i>Control público de las reducciones o cesiones.</i>	30
1.4. <i>Deberes de comunicación de las entidades de crédito afectadas.</i>	30
1.5. <i>Medidas preventivas y represivas.</i>	31
2. Control público de los gestores: Idoneidad, incompatibilidades y registro de los altos cargos de las entidades de crédito.	32
2.1. <i>La idoneidad.</i>	32
2.2. <i>Las incompatibilidades.</i>	33
2.3. <i>El registro.</i>	34
3. Gobierno corporativo y política de remuneraciones.	34
3.1. <i>El gobierno corporativo de las entidades de crédito.</i>	34
3.2. <i>La política de remuneraciones de los gestores en las entidades de crédito.</i>	36
B) Requisitos organizativos: La gestión de riesgos	38
C) Requisitos financieros: solvencia y liquidez.	38
1. Normativa de solvencia: Remisión al Reglamento (UE) nº 575/2013.	38
2. Aspectos regulatorios: ámbito subjetivo y autoevaluación.	39
2.1. <i>Ámbito subjetivo.</i>	39
2.2. <i>Autoevaluación.</i>	39
2.3. <i>Restricciones en materia de distribuciones.</i>	40
3. Aspectos técnicos: recursos propios, liquidez y colchones de capital.	41
3.1. <i>Capital exigible.</i>	41
3.2. <i>Liquidez.</i>	42
VI. LA SUPERVISIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO POR EL BANCO DE ESPAÑA.	43
A) La regulación de la supervisión.	43
B) Alcance subjetivo de la función supervisora del Banco de España.	43
C) Alcance objetivo de la función supervisora del Banco de España.	44
D) Instrumentos de la función supervisora del Banco de España.	44
1. Las guías técnicas.	45

2. El “programa supervisor”.....	45
E) Colaboración del Banco de España con otras autoridades de supervisión bancaria.....	47
F) Medidas que puede adoptar el Banco de España en casos de crisis de entidades de crédito.....	48
1. Las medidas de supervisión prudencial.....	48
1.1. Las medidas de supervisión prudencial genéricas.....	48
1.2. Las medidas de supervisión prudencial específicas consistentes en la exigencia de recursos propios adicionales.....	50
2. Las medidas de intervención y sustitución.....	51
2.1. Causas.....	52
2.2. Efectos.....	52
G) La transparencia supervisora: las obligaciones de información y publicación del Banco de España.....	53
VII. LA SANCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	54
A) El régimen sancionador.....	54
B) Los sujetos sometidos.....	55
C) Las infracciones.....	56
D) Las sanciones.....	58
VIII. EFECTOS COLATERALES DE LA LOSSEC SOBRE LA REGULACIÓN DEL SISTEMA BANCARIO.....	59
A) Modificación de las leyes reguladoras de determinados tipos de intermediarios financieros.....	59
B) Modificación de normas sobre otros aspectos colaterales de la regulación bancaria.....	60
C) Las bases de la protección del cliente bancario.....	62
IX. CONCLUSIONES.....	64

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (LOSSEC) modifica profundamente la arquitectura regulatoria del sistema bancario español¹.

Debemos empezar este Estudio advirtiendo que esta LOSSEC es un primer paso en la construcción de una nueva arquitectura del sistema bancario español por cuanto está plagada de remisiones a desarrollos reglamentarios posteriores que generarán una expansión geométrica de normas bancarias de inferior nivel normativo y superior complejidad técnica.

La primera fase de este desarrollo reglamentario la ha constituido el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (RD 84/2015)², cuyo efecto esencial ha sido integrar al Banco de España en el Mecanismo Único de Supervisión, distribuyendo las competencias de supervisión entre el Banco Central Europeo y el Banco de España de tal modo que las competencias de autorización y supervisión del Banco de España se aplicarán en el marco de las atribuidas al Banco Central Europeo y al Mecanismo Único de Supervisión en la normativa europea y, en particular, en el Reglamento (UE) nº 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y en el Reglamento (UE) nº 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas. En particular, corresponderá al Banco Central

¹ BOE nº 156 de 27 de junio de 2014. Sobre esta LOSSEC, v. nuestro estudio “La nueva Ley Bancaria: la LOSSEC de 2014”, en *LA LEY MERCANTIL* nº 4-5, Sección Mercado de Valores y Bancario (1 de julio de 2014), pp. 1 y ss. y, sobre el Proyecto publicado en el BOCG de 14 de febrero de 2014, X Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 80-1 v. nuestra noticia sobre el “El Proyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito” en esta RDBB nº 134, 2014, pp. 285 y ss.

² BOE nº 39, de 14 de febrero de 2015. La Disp. Final Sexta de este RD 84/2015 establece las facultades de desarrollo que se atribuyen expresamente al Banco de España.

Europeo la competencias de autorizar a las entidades de crédito, revocar tal autorización y la oposición o no oposición a la adquisición de una participación significativa y, por ello, en estos casos el Banco de España -en su condición de autoridad nacional competente- presentará al Banco Central Europeo proyectos para la concesión o revocación de la autorización o para la adquisición de una participación significativa³.

En segundo término, también anunciamos al lector que, en este Estudio, nos ocuparemos únicamente de los aspectos de regulación del mercado bancario que contiene la LOSSEC; dejando al margen -por razones manifiestas de tiempo y de espacio- las reformas sustanciales que esta Ley introduce tanto en la LMV como en otras disposiciones del régimen del mercado de instrumentos financieros, tales como el régimen de las infracciones por incumplimiento del Reglamento (UE) nº 648/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones; o la modificación de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.

En tercer lugar, hemos de recordar que la LOSSEC afecta también a la regulación de algunos espacios comunes del mercado financiero y de otros intermediarios financieros (entendidos en un sentido extenso, como son las entidades aseguradoras) de los que -por las ya señaladas razones de espacio y tiempo- tampoco podemos ocuparnos. Así, la LOSSEC modifica -en su Disposición final séptima- la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero⁴; modifica también -en su Disposición final octava- el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio; y modifica igualmente -en su Disposición final sexta- el texto refundido de la Ley

³ V. la Disposición adicional segunda del RD 84/2015 sobre la “integración del Banco de España en el Mecanismo Único de Supervisión”.

⁴ Ver Disposición final tercera del RD 84/2015 que modificación el Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero.

de ordenación y supervisión de los seguros privados aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

II. ANTECEDENTES, ORIGEN Y CONTEXTO DE LA LOSSEC.

A) Antecedentes: la regulación derogada.

En cuanto se refiere a los antecedentes de esta LOSSEC, la regulación previa de las entidades de crédito –derogada por su Disposición Derogatoria⁵– estaba contenida en dos Leyes básicas que eran la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Además, el mercado bancario estaba regulado por otras leyes tales como la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946; la Ley 31/1968, de 27 de julio, de incompatibilidades y limitaciones de los Presidentes, Consejeros y altos cargos ejecutivos de la Banca privada; el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea y el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁶.

⁵ V. La disposición Derogatoria del RD 84/2015, que deroga el RD 1245/1995, el RD 216/2008, excepto las disposiciones sobre empresas de servicios de inversión y la Orden de 20 de septiembre de 1974.

⁶ Sobre el sistema de fuentes de nuestro sistema bancario precedente pueden verse los estudios de ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular los estatutos de los bancos y las cajas de ahorros y las circulares del Banco de España”, en Alonso Ureba, A. / Martínez Simancas, J. (Dir.), “Derecho del mercado financiero”, Madrid 1994, Tomo II, Vól. 1, pp. 7 y ss.; CONLLEDO LANTERO, F., “El marco de actuación de las entidades de crédito”, en Campuzano, A.B. / Conlledo Lantero, F. / Palomo Zurdo, R.J. (Dir.), “Los mercados financieros”, Valencia, 2013, pp. 233 y ss.; ESPÍN GUTIÉRREZ, C. “Las fuentes del Derecho bancario”, en Sequeira, A. / Gadea, E. / Sacristán, F., “La contratación bancaria”, Madrid, 2007, pp. 97 y ss.; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “Fundamento y características de la regulación bancaria”, en Muñoz Machado, S. / Vega Serrano, J.M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Madrid 2013, pp. 15 y ss.; RODRÍGUEZ art. IGAS, F., “El Derecho bancario. Sus fuentes”, en Nieto Carol, U. (Dir.), “Contratos bancarios y parabancarios”, Valladolid, 1998, pp. 55 y ss.; TAPIA HERMIDA, A.J., “Derecho Bancario”, Madrid 2002, pp. 17 y ss. ; Id. “Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho Público Bancario Español”. Estudios de Derecho Público Bancario (dir. Martín-Retortillo, S.), Madrid 1987, pp. 37 y ss.; y VEGA

B) Origen: el impulso internacional.

La promulgación de la LOSSEC da respuesta a un doble impulso normativo de carácter internacional:

1. El impulso europeo comunitario.

Las normas precedentes antes citadas -que han sido expresamente derogadas por la LOSSEC- debieron acomodarse a las exigencias regulatorias de la UE en un proceso de armonización que pasó -en la última década- por dos fases fundamentales:

a) En una primera fase, nuestras leyes bancarias se acomodaron a lo dispuesto en la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio y en la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

b) En una segunda fase, nuestra regulación de las entidades de crédito se ha tenido que adaptar al Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 y a la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE.

A resultas de estas exigencias de adaptación al Derecho bancario de la UE, se promulgó el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes

SERRANO, J.M., "La regulación bancaria española", en Muñoz Machado, S. / Vega Serrano, J.M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) "Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario", Madrid 2013, pp. 143 y ss.

para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, que anticipaba la necesidad de promulgar un texto único que ofreciera una coherencia sistemática a la estructura de la regulación de las entidades de crédito⁷. Y el texto único anunciado es esta LOSSEC.

2. El impulso internacional global.

La LOSSEC también refleja la internacionalización de la supervisión de la solvencia bancaria. En este sentido, procede constatar que el carácter global de la crisis financiera iniciada en el año 2008 ha reforzado el carácter igualmente global de las respuestas de los supervisores bancarios que se han extendido más allá del ámbito comunitario hasta alcanzar a todo el ámbito internacional. La mejor prueba de ello la ofrecen los acuerdos de armonización de la regulación financiera internacional alcanzados en el seno del Comité de Basilea de Supervisión Bancaria. En particular, los acuerdos de 1988 (Basilea I), 2004 (Basilea II) y 2010 (Basilea III, «Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios»)⁸ han determinado la normativa comunitaria y, por lo tanto, las reglas sobre solvencia de la LOSSEC.

C) Contexto: la Unión Bancaria, el Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y el Mecanismo Único de Resolución (MUR) y el Sistema Europeo de Supervisión Financiera.

A lo anterior debemos añadir que la nueva regulación bancaria contenida en la LOSSEC deberá interpretarse y adaptarse a las disposiciones -algunas de ellas

⁷ Ver nuestra noticia sobre la *“Adaptación de la regulación española sobre solvencia de entidades financieras a la normativa de la Unión Europea: el Real Decreto-Ley 14/2013”*, en esta RDBB 133, 2014, pp. 354 y ss.

⁸ Ver CALVO VERGEZ, J., “Principales rasgos configuradores de la regulación del sistema financiero acordada en Basilea III y su progresiva implantación en nuestro ordenamiento”, en esta RDBB nº 135, 2014, pp. 201 y ss. En este sentido, resulta particularmente interesante el documento de consulta publicado recientemente para por dicho Comité sobre las líneas básicas para identificar y tratar con los bancos “débiles” (Basel Committee on Banking Supervision, “Supervisory guidelines for identifying and dealing with weak banks”, Consultative Document, June 2014).

posteriores a la fecha de publicación de la LOSSEC- que instituyen la Unión Bancaria Europea. Esta Unión integra a nivel centralizado europeo los tres mecanismos que marcan el devenir –cierto o eventual- de una entidad de crédito que: primero, debe ser supervisada por las autoridades públicas competentes; después, en el caso de que se deslice hacia una situación de crisis económica, deberá ser objeto de una resolución ordenada dirigida por la autoridad pública competente; y, finalmente, deberá garantizarse que los depósitos de sus principales acreedores –sus clientes- estén amparados por una devolución mínima. Según decimos, la primera fase de supervisión es actual y cierta para todas las entidades de crédito; mientras que las fases de resolución y garantía de depósitos son eventuales, por cuanto únicamente entrarán en juego ante situaciones de crisis económica de las respectivas entidades. Cada una de estas tres fases se regula en otras tantas disposiciones comunitarias recientes que son:

a) El Mecanismo Único de Supervisión (MUS), establecido básicamente en el Reglamento (UE) nº.1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y en el Reglamento (UE) nº. 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS)⁹.

b) El Mecanismo Único de Resolución (MUR), establecido básicamente en el Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas

⁹ DOUE 14.5.2014, L 141/1 y ss. (BCE/2014/17). En relación con las nuevas funciones supervisoras que se le encomiendan al BCE en el MUS, resulta especialmente importante el Reglamento (UE) nº 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2157/1999 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (BCE/1999/4) (BCE/2014/18) (DOUE 14.5.2014, L. 141//51 y ss.) y la reciente Decisión del BCE de 17 de septiembre de 2014 sobre la aplicación de la separación entre las funciones de política monetaria y supervisión del Banco Central Europeo (BCE/2014/39) (DOUE 18.10.2014, L. 300/57 y ss.).

de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010¹⁰ y en la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo¹¹.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que nuestro Ordenamiento ha preadaptado en gran medida esta normativa –impulsado por las exigencias del Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012¹²– mediante la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito que se ocupa de estos procesos encomendados al FROB, con la colaboración de la SAREB¹³. La interacción entre esta Ley 9/2012 y la LOSSEC se observa cuando vemos que la primera de las causas de sustitución del órgano de administración

¹⁰ DOUE 30.7.2014, L 225/1 y ss. Ver European Commission. “A Single Resolution Mechanism for the Banking Union. Frequently asked questions, Memo Brussels 15 April 2014 y la noticia de BARCO, F., “Reglamento sobre el Mecanismo único de Resolución” en esta RDBB nº 135, 2014, pp. 403 y ss.

¹¹ DOUE 12.6.2014, L 173/190 y ss. Ver European Commission, “Delegated Act on ex ante contributions to the resolution financing arrangements under the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) Frequently asked questions, Memo Brussels/Strasbourg 21 October 2014 y la noticia de BARCO, F., “Aprobada la Directiva sobre Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito” en esta RDBB nº 135, 2014, pp. 382 y ss.

¹² Ver también el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012 en el mismo BOE nº 296, del lunes, 10 de diciembre de 2012.

¹³ Ver, al respecto, nuestro trabajo SANCHEZ-CALERO, J./ TAPIA HERMIDA, A.J., “Aspectos mercantiles del régimen legal del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)”, publicado como Documento de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, depositado en el Archivo institucional EPrints Complutense, nº 2014/84 (marzo 2014); PEÑAS MOYANO, Mª.J., “La resolución de las entidades de crédito”, en esta RDBB nº 135, 2014, pp. 39 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., “Reestructuración financiera, paraconcursalidad normativa y SAREB”, en esta RDBB nº 133, 2014, pp. 53 y ss.; y RODRIGUEZ PELLITERO, J., “Resolución de crisis bancarias”, en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.M., (Dirs.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Madrid 2013, pp. 827 y ss.

de una entidad de crédito se determina en la LOSSEC (art. 70.1.a) por remisión a la Ley 9/2012.

c) Los Sistemas de Garantía de Depósitos, armonizados por la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos¹⁴.

En este último sentido, es importante recordar que la regulación vigente del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito se establece en el Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre -modificado por el Real Decreto-Ley 19/2011, de 2 de diciembre- que tiene dos objetivos: unificar los tres Fondos de Garantía de Depósitos hasta entonces existentes (de Establecimientos Bancarios, de Cajas de Ahorros y de Cooperativas de crédito) en uno solo y actualizar y reforzar la función de reforzamiento de la solvencia y funcionamiento de aquellas entidades de crédito¹⁵.

Por último, hay que tener en cuenta que la aplicación de la LOSSEC deberá tomar en consideración la estructura y el funcionamiento del Sistema Europeo de Supervisión Financiera en el que se integra la supervisión del mercado bancario – junto a la del mercado de valores y de seguros- mediante la Autoridad Bancaria Europea¹⁶.

¹⁴ DOUE 12.6.2014, L 173/149 y ss. Ver la noticia de BARCO, F., “Nueva Directiva en materia de garantía de depósitos” en esta RDBB nº 135, 2014, pp. 366 y ss.

¹⁵ Ver BOBES SÁNCHEZ, M.J., “El Fondo de Garantía de Depósitos”, en Muñoz Machado, S. / Vega Serrano, J.M., (Dirs.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario, Madrid 2013, pp. 899 y ss. y RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, J.M., “Las crisis bancarias: el Fondo de Garantía de Depósito de Entidades de Crédito. El Fondo de Reestructuración ordenada Bancaria”, en Campuzano, A.B. / Conlledo, F. / Palomo, R.J. (Dirs.), “Los mercados financieros”, Valencia, 2013, pp. 290 y ss.

¹⁶ Ver nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A.J., “El Sistema Europeo de Supervisión Financiera”, en esta RDBB nº 121, 2011, pp. 9 y ss. En particular, ver, recientemente, el Informe Especial presentado con arreglo al artículo 287 TFUE, apartado 4, párrafo segundo por el Tribunal de Cuentas Europeo sobre “la supervisión bancaria europea toma forma. La Autoridad Bancaria Europea en un contexto de evolución”.

III. EL PARADIGMA REGULATORIO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA: LAS CUATRO FASES DE TIPIFICACIÓN Y RESERVA DEL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA A FAVOR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y DE EXIGENCIA A ESTAS ÚLTIMAS DE UN CONJUNTO DE REQUISITOS DE ACCESO Y DE EJERCICIO DE DICHA ACTIVIDAD.

La LOSSEC refleja en nuestro Ordenamiento el paradigma regulatorio de la actividad bancaria vigente en el Derecho comunitario desde el momento inicial. Paradigma que puede exponerse en cuatro fases o etapas y que es común a todos los intermediarios de los mercados financieros, esto es, no solo se aplica a las entidades de crédito, sino también a las empresas de servicios de inversión, a las entidades aseguradoras y a otros intermediarios. Así, vemos que la LOSSEC comprende las siguientes fases:

A) La tipificación de la actividad bancaria.

La LOSSEC aborda esta tipificación cuando en, su artículo 1.1, define a las entidades de crédito como *“las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia”*. Esta interconexión funcional de las operaciones bancarias pasivas (*“recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables”*) y activas (*“conceder créditos por cuenta propia”*)¹⁷ -que constituye la intermediación indirecta en el crédito- es el núcleo atómico esencial de la actividad típica bancaria¹⁸ y, por ello, las operaciones pasivas y activas se benefician del reconocimiento mutuo comunitario en los términos previstos en el Anexo de la LOSSEC¹⁹. En este sentido, nos interesa recordar que el art. 571-1 de la Propuesta

¹⁷ El apartado 2 del *“Listado de actividades objeto de reconocimiento mutuo”* a nivel comunitario que figura en el Anexo de la propia LOSSEC, se refiere a las operaciones bancarias activas como las de conceder *“préstamos, incluidos, en particular, el crédito al consumo, los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles, la factorización con o sin recurso y la financiación de transacciones comerciales (incluido el forfaiting)”*.

¹⁸ Ver nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A.J. “El concepto y clasificación de los contratos bancarios”, en Sequeira, A. / Gadea, E. / Sacristán, F., “La contratación bancaria”, Madrid, 2007, pág. 131 y ss.

¹⁹ Sobre la noción de entidad de crédito en nuestro Ordenamiento, pueden verse los estudios de CORTÉS, L.J., “Capítulo 72. El mercado del crédito”. “Las entidades de crédito”. “Los mercados de valores y de crédito”, en Uría, R. / Menéndez, A., “Curso de Derecho

de Código Mercantil²⁰ define los “contratos financieros” como “aquéllos por los que, teniendo por objeto una cantidad o suma de dinero de curso legal, una o ambas partes conceden o facilitan a la otra directa o indirectamente financiación monetaria en la forma, plazo o términos que estipulen, a cambio de un precio”

Sin perjuicio de lo anterior, la LOSSEC reconoce que las entidades de crédito pueden desarrollar de forma habitual otras actividades en los mercados financieros que integran las denominadas operaciones bancarias neutras²¹ -así llamadas porque no implican de forma directa la concesión de crédito ni por el banco al cliente ni por el cliente al banco- que se beneficiarán también del reconocimiento mutuo comunitario, tipificadas en el Anexo, que se refiere a un conjunto de servicios bancarios u operaciones bancarias neutras (también denominadas en ocasiones actividades parabancarias) que pueden agruparse en dos grandes categorías²²:

a) La primera es la de las operaciones bancarias neutras o servicios bancarios relacionados con los mercados de instrumentos financieros, tales como las transacciones por cuenta propia o por cuenta de clientes que tengan por objeto instrumentos del mercado monetario, divisas, futuros financieros y opciones, instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés, valores negociables; la participación en las emisiones de valores y la prestación de los servicios

Mercantil”, 2ª Edición, Tomo II, Madrid 2007, pp. 497 y ss.; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “La organización del sistema bancario. Las entidades de crédito”, en Sequeira, A. / Gadea, E. / Sacristán, F., “La contratación bancaria”, Madrid, 2007, pp. 47 y ss.; LINARES POLAINO, M., “Las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico: los cuasibancos”, en Zunzunegui, F. (Dir.), “Derecho bancario y bursátil”, Madrid, 2012, pp. 393 y ss.; TAPIA HERMIDA, A.J., “Derecho Bancario”, Madrid 2002, pp. 29 y ss.; y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., “Del concepto de entidad de crédito en el Derecho español: evolución y perspectivas”, en Muñoz Machado, S. / Vega Serrano, J.M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Madrid 2013, pp. 285 y ss.

²⁰ Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Edita Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Madrid 2013.

²¹ V. Por todos, GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., “Operaciones bancarias neutras”, en “Las entidades de crédito y sus operaciones”. Vol.4. “Las operaciones bancarias neutras”, en Olivencia, M. / Fernández-Novoa, C. / Jimenez de Parga, R., (Dir.), Jimenez Sánchez, G. (Coord.), “Tratado de Derecho Mercantil”, Madrid/Barcelona 2006.

²² Ver, en nuestra literatura jurídica, NIETO CAROL, U. (Dir.) *Contratos Bancarios y Parabancarios*, Valladolid 1998,

correspondientes; la gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios²³; la custodia y administración de valores negociables.

b) La segunda es la de las operaciones bancarias neutras o servicios bancarios no relacionados con los mercados de instrumentos financieros, tales como el arrendamiento financiero; los servicios de pago²⁴; la emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios; la concesión de garantías y la suscripción de compromisos; el asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia empresarial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de las fusiones y de las adquisiciones de empresas; la intermediación en los mercados interbancarios; los informes comerciales; el alquiler de cajas fuertes; y la emisión de dinero electrónico.

En la delimitación de la actividad bancaria debe prestarse una especial atención a la denominada “banca en la sombra” o “shadow banking”, definida como la intermediación crediticia al margen del sistema bancario convencional desarrollada por intermediarios financieros que no tienen la consideración de entidades de crédito, en particular, de bancos y no están sometidos, por lo tanto, al sistema de controles y garantías propios de aquellas entidades. El hecho de que esta actividad represente un volumen aproximado de la cuarta parte del total de la intermediación financiera mundial, unido a la falta de control del riesgo sistémico que comporta –que va implícito en su propia extrabancariedad- ha llevado a que, tanto a nivel comunitario como a nivel global, las autoridades públicas nacionales y supranacionales hayan tomado iniciativas para intentar medir y controlar los riesgos que en el sistema financiero produce esta actividad de “banca en la sombra”. Iniciativas especialmente notables desde el momento en que la crisis financiera global de 2008 ha mostrado la eclosión de estas

²³ Que encuadramos en esta primera categoría en la medida en que esta actividad se refiere, generalmente, a la gestión de carteras de inversión, tipificada como servicio de inversión en el art. 63.1 de la LMV.

²⁴ Tipificados en el art. 1 de la Ley 26/2009. Ver nuestra noticia sobre el *“Desarrollo reglamentario del régimen de los servicios de pago y de las entidades de pago: el Real Decreto 712/2010 y la Orden EHA/1608/2010”*, en esta RDBB nº 119, 2010, pp. 310 y ss.

actividades desreguladas como respuesta del mercado financiero al incremento de los controles de la actividad bancaria típica²⁵.

Esta denominada “banca en la sombra” es, en definitiva, una suerte de mutación genética de la actividad parabancaria clásica²⁶ que se ha desarrollado con especial energía desde el momento en que los controles de la actividad de intermediación financiera típicamente bancaria se han intensificado a consecuencia de la crisis financiera global. Esta “banca en la sombra” tiene, por lo tanto, dos fuerzas motrices: una primera confesable, que consiste en la necesidad de innovar las vías de la intermediación financiera para atender a las nuevas necesidades que el mercado financiero plantea; y otra menos confesable o incluso patológica, que consiste en el deseo de eludir los controles propios de la actividad bancaria típica.

B) La reserva de la actividad bancaria típica a favor de las entidades de crédito.

La LOSSEC consagra esta reserva cuando su art. 3.1 dice: “*Queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas*”. Vemos cómo la reserva se circunscribe a las operaciones pasivas, puesto que otro tipo de intermediarios financieros autorizados y registrados (tales como los establecimientos financieros de crédito, las entidades de dinero electrónico, etc.) podrán realizar operaciones crediticias activas.

²⁵ En cuanto al análisis de esta actividad de “banca en la sombra” ver, por todos, VALCKX, N. (Team Lider) y otros, “Shadow Banking Around the Globe: How Large, and How Risk?”, International Monetary Fund, October 2014, pp. 65 y ss.

²⁶ Ver nuestros estudios “Algunos aspectos del Régimen Jurídico de las actividades parabancarias”. *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a D. Evelio Verdura y Tuells*, Tomo III, AA.VV., Madrid 1994, pp. 2609 y ss. y “Aspectos generales de las actividades parabancarias en el Derecho español”, en esta *RDBB* nº 47 (1992), pp. 623 y ss.

Esta reserva de las operaciones bancarias pasivas a favor de las entidades de crédito se refuerza mediante mecanismos positivos y negativos:

a) Hablamos de mecanismos positivos o proactivos cuando el art. 3.2 obliga a las entidades de crédito a utilizar, en sus denominaciones sociales, las denominaciones genéricas propias y específicas de cada tipo de entidad (bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito), en una suerte de sistema de identificación ecológica unívoca de las especies de entidades de crédito que operan en el mercado bancario en garantía de todos los operadores que actúan en él.

b) Hablamos de mecanismos negativos u omisivos cuando vemos que el art. 3.3 impide la denominada “banca de hecho” al decir que se prohíbe a toda persona física o jurídica no autorizada ni registrada como tal desarrollar la actividad bancaria reservada a las entidades de crédito y el uso de sus denominaciones típicas y que el art. 3.5 impide que tales fenómenos patológicos accedan al Registro Mercantil y los demás registros públicos.

C) El acceso de las entidades de crédito a la actividad bancaria.

Este acceso se somete al cumplimiento de los requisitos de autorización y registro administrativos previstos en el Capítulo II (arts. 6 a 15) del Título I de la LOSSEC y en el Capítulo I (arts. 3 y ss.) del Título I del RD 84/2015, de los que nos ocuparemos en el epígrafe IV de este Estudio.

D) El ejercicio de la actividad bancaria por las entidades de crédito.

Este ejercicio se somete al cumplimiento de los restantes requisitos corporativos, organizativos y financieros previstos en los Capítulos III y ss. del Título I y en el Título II de la LOSSEC y en los Capítulos II y ss. del Título I del RD 84/2015, de los que nos ocuparemos en el epígrafe V de este Estudio.

E) La supervisión y la sanción de las entidades de crédito.

Un precipitado lógico y, por ende, un denominador común a las cuatro fases de regulación de las entidades de crédito que hemos señalado es la necesidad de supervisión del cumplimiento de dicha regulación, que se encomienda al Banco de España en los términos previstos en el Título III de la LOSSEC y en el Título III del RD 84/2015; y la consiguiente sanción administrativa de los incumplimientos en los términos previstos en el Título IV de la LOSSEC²⁷. De ambos fenómenos nos ocuparemos en los epígrafes VI y VII, respectivamente, de este Estudio.

IV. CONDICIONES DE ACCESO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO A LA ACTIVIDAD BANCARIA: LA AUTORIZACIÓN POR EL BANCO CENTRAL EUROPEO, A PROPUESTA DEL BANCO DE ESPAÑA Y EL REGISTRO POR EL BANCO DE ESPAÑA.

A) Las tres fases del acceso: autorización administrativa, constitución privada y registro administrativo.

El acceso de las entidades de crédito a la actividad bancaria viene condicionado por la necesidad de ser autorizadas por el banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España y de inscribirse en el Registro de entidades de crédito que lleva dicho Banco. Este acceso sigue el sistema clásico en nuestro Ordenamiento de “autorización sobre proyecto de constitución” y, en consecuencia, pasa por tres momentos que son: la autorización administrativa de su proyecto de constitución, su constitución privada conforme a los trámites propios de su forma jurídica (v.gr. un banco, como SA especial, deberá otorgar la pertinente escritura de constitución e inscribirse en el Registro Mercantil²⁸) y la inscripción en el Registro correspondiente del Banco de España. Este proceso está regulado en el Capítulo II (“Autorización, registro y revocación”) del Título I de la LOSSEC (arts. 6 a 15) y en el Capítulo I (“Autorización, registro y actividad de entidades de

²⁷ Sobre la normativa precedente, ver MELÉNDEZ HUELIN, O., “La supervisión, inspección y sanción de las entidades de crédito”, en Campuzano, A.B. / Conlledo Lantero, F. / Palomo Zurdo, R.J. (Dirs.), “Los mercados financieros”, Valencia, 2013, pp. 251 y ss.

²⁸ Conforme a lo dispuesto en los arts. 21 y ss. y 31 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en adelante, LSC).

crédito”) del Título I del RD 84/2015 (arts. 3 y ss.) y, en él, podemos distinguir los siguientes aspectos.

B) La autorización por el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España.

Es el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España, la autoridad competente para autorizar la creación de entidades de crédito. La propuesta de autorización por el Banco de España deberá venir precedida de consultas interiores y exteriores y de comunicaciones iniciales y posteriores:

a) En cuanto a las consultas previas interiores, el Banco de España solicitará informe al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, a la CNMV y a la DGSFP, en los aspectos de sus competencias respectivas. En cuanto a las consultas previas exteriores, el Banco de España consultará con la autoridad supervisora competente del correspondiente Estado comunitario cuando la entidad de crédito vaya a estar controlada por otra entidad de crédito, una empresa de servicios de inversión o una entidad aseguradora o reaseguradora autorizada en ese Estado, por su entidad dominante o por las mismas personas físicas o jurídicas que controlen las entidades anteriores.

b) En cuanto a las comunicaciones iniciales y posteriores, el Banco de España comunicará al Ministerio de Economía y Competitividad la apertura del procedimiento de autorización indicando los elementos esenciales del expediente a tramitar y también la finalización del mismo.

La solicitud de autorización deberá ser resuelta por decisión del banco Central Europeo dentro de los 6 meses siguientes a su recepción en el Banco de España o al momento en que se complete la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los 12 meses siguientes a su recepción. Operando el silencio

administrativo negativo porque, cuando la solicitud no sea resuelta en los plazos previstos, podrá entenderse desestimada²⁹.

C) Las vicisitudes de la autorización: denegación, revocación, renuncia y caducidad.

En primer lugar, la autorización para la creación de una entidad de crédito se denegará por el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España o por este último cuando aquella entidad no cumpla, en el momento de la solicitud, los requisitos de acceso exigibles, bien de carácter objetivo (v.gr. cuando carezca del capital mínimo requerido, de una estructura organizativa adecuada, de una buena organización administrativa y contable o de procedimientos de control interno adecuados, que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad) o bien subjetivo (v.gr. cuando alguno de los miembros de su consejo de administración, director general o asimilado no reúna los requisitos de idoneidad exigidos o cuando algún accionista significativo no sea idóneo para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad)³⁰.

En segundo lugar, la autorización concedida a una entidad de crédito se revocará por el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España, cuando la entidad de crédito autorizada incurra en inactividad (si interrumpe de hecho las actividades específicas de su objeto social durante un período superior a 6 meses), falsedad (si la autorización se obtuvo por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular) o incumplimiento sobrevenido de los requisitos de acceso o de ejercicio de la actividad (v.gr. si deja de cumplir los requisitos prudenciales que se establecen el Reglamento (UE) nº 575/2013, comprometa la capacidad de reembolso de los fondos que le han confiado los depositantes o no ofrezca garantía de poder cumplir sus obligaciones con acreedores). También por

²⁹ V. art. 6 LOSSEC y art. 3 RD 84/2015.

³⁰ V. art. 7 LOSSEC y art. 6 RD 84/2015.

sanción o por la apertura de la fase de liquidación en un procedimiento concursal³¹.

En tercer lugar, la autorización caducará –y así lo declarará expresamente el Banco de España- cuando, dentro de los 12 meses siguientes a su fecha de notificación, no se diere comienzo a las actividades específicas del objeto social de la entidad por causas imputables a la misma³².

Por último, el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España, revocará la autorización cuando la entidad de crédito autorizada renuncie a la autorización concedida; pudiendo denegar expresamente la renuncia cuando existan razones fundadas para considerar que la cesación de actividad puede ocasionar riesgos graves a la estabilidad financiera³³.

D) El control de la actividad transfronteriza de las entidades de crédito.

El Banco de España tiene competencias de control sobre la actividad transfronteriza de las entidades de crédito, que se regula de diferente manera, según se desarrolle en el ámbito comunitario de la UE o extracomunitario; y puede ofrecer las siguientes formas:

1. Operaciones de salida de entidades de crédito españolas al extranjero.

Se regula dicha actividad transfronteriza de diferente modo, según se trate de la apertura de sucursales y de la libre prestación de servicios en el extranjero – comunitario o extracomunitario- por entidades de crédito españolas porque:

a) Cuando la entidad de crédito española pretenda abrir una sucursal en el extranjero deberá seguir un procedimiento diverso según se trata de un Estado miembro de la UE o un Estado extracomunitario de modo tal que:

³¹ V. art. 8 LOSSEC y art. 12 RD 84/2015.

³² V. art. 10 LOSSEC y art. 13 RD 84/2015.

³³ V. art. 9 LOSSEC y art. 12 RD 84/2015.

a.1) Si se trata de un Estado miembro de la UE, deberá solicitarlo previamente al Banco de España acompañando a la solicitud, la documentación establecida reglamentariamente. El Banco de España comunicará a la Comisión Europea y a la ABE los casos en que se haya denegado la anterior solicitud³⁴.

a.2) Si se trata de un Estado extracomunitario, deberá solicitarlo previamente al Banco de España, acompañando información sobre el Estado de destino, un programa de las actividades que se pretenden realizar allí y la identidad de los directivos de la sucursal³⁵.

b) Cuando la entidad de crédito española desee ejercer por primera vez alguna actividad bancaria en régimen de prestación de servicios en el extranjero deberá seguir un procedimiento diferente según se trata de un Estado miembro de la UE o un Estado extracomunitario de modo tal que:

b.1) Si se trata de un Estado miembro de la UE, deberá comunicarlo previamente al Banco de España, quien, cuando los servicios vayan a prestarse en otro Estado miembro de la UE, informará de ello a la autoridad supervisora de dicho Estado miembro³⁶.

b.2) Si se trata de un Estado extracomunitario, deberá comunicarlo previamente al Banco de España, indicando las actividades que se pretenden realizar³⁷.

Además de la actuación en el extranjero abriendo sucursales o prestando servicios bancarios sin sucursal, las entidades de crédito españolas pueden operar en el extranjero de dos otras maneras:

c) Participando en el capital de una entidad de crédito extracomunitaria (esto es, autorizada en un Estado no miembro de la UE) de dos formas: Bien creando “ex

³⁴ V. art. 11 LOSSEC y art. 14 RD 84/2015.

³⁵ V. art. 15 RD 84/2015.

³⁶ V. art. 11 LOSSEC y art. 14 RD 84/2015.

³⁷ V. art. 15 RD 84/2015.

novo” la entidad o bien adquiriendo una participación significativa en ella. En ambos casos se requiere conocimiento y autorización del Banco de España³⁸.

d) Estableciendo oficinas de representación para realizar labores informativas o comerciales sobre cuestiones bancarias, financieras o económicas que sirvan de soporte material a la prestación de servicios sin establecimiento. Estas oficinas no podrán realizar servicios bancarios, en especial, operaciones de captación de depósitos, crédito o intermediación financiera; sin perjuicio de que puedan canalizar fondos de terceros a sus entidades de crédito matrices. La entidad de crédito española deberá comunicarlo al Banco de España³⁹.

2. Operaciones de entrada en España de entidades de crédito extranjeras.

Se distinguen las actuaciones respecto de dos categorías de entidades:

a) Por una parte, las entidades de crédito comunitarias (radicadas en otro Estado miembro de la UE) se beneficiarán del pasaporte comunitario en forma de la apertura de sucursales y o de la libre prestación de servicios en España⁴⁰.

b) Por otra parte, las entidades de crédito extracomunitarias (radicadas en otro Estado que no sea miembro de la UE) no se beneficiarán de ningún mecanismo de reconocimiento recíproco y necesitarán la autorización del Banco de España tanto para la apertura de sucursales como para la libre prestación de servicios en España⁴¹.

c) Además, ambos tipos de entidades de crédito extranjeras podrán operar en España estableciendo oficinas de representación para realizar labores informativas o comerciales sobre cuestiones bancarias, financieras o económicas que sirvan de soporte material a la prestación de servicios sin establecimiento.

³⁸ V. art. 18 RD 84/2015.

³⁹ V. art. 19 RD 84/2015.

⁴⁰ V. art. 12 LOSSEC y art. 16 RD 84/2015.

⁴¹ V. art. 13 LOSSEC y art. 17 RD 84/2015.

Como antes hemos señalado, estas oficinas no podrán realizar servicios bancarios, en especial, operaciones de captación de depósitos, crédito o intermediación financiera; sin perjuicio de que puedan canalizar fondos de terceros a sus entidades de crédito matrices. La entidad de crédito extranjera deberá comunicarlo al Banco de España (si se trata de una entidad comunitaria) o solicitar su autorización (si es una entidad extracomunitaria)⁴².

E) Los Registros del Banco de España.

El proceso de acceso de la entidad de crédito al mercado bancario culmina con su inscripción en el Registro de entidades de crédito del Banco de España, donde se inscribirán también las sucursales de entidades de crédito comunitarias que ejerzan su actividad en España y extracomunitarias y los casos de libre prestación de servicios por entidades de crédito comunitarias y extracomunitarias. Además, el Banco de España se encargará de la inscripción y gestión del Registro de sociedades dominantes de entidades de crédito españolas cuando tales entidades sean sociedades financieras de cartera o sociedades financieras mixtas de cartera y del Registro de agentes de entidades de crédito⁴³.

V. CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.

A) Requisitos corporativos.

1. Control público de los socios relevantes: La transparencia de las participaciones significativas en el capital de las entidades de crédito.

⁴² V. art. 19 RD 84/2015.

⁴³ V. art. 15 LOSSEC y art. 3 RD 84/2015.

1.1. Regulación y noción de participación significativa.

Existe un interés público legítimo en conocer y controlar la identidad de los socios significativos de las entidades de crédito en la medida en que la composición de su accionariado y la identidad de sus socios significativos pueden determinar su gestión y, por ello, ponerla en riesgo.

La regulación de las participaciones significativas en las entidades de crédito está contenida en el Capítulo III del Título I (arts. 16 a 23) de la LOSSEC y en el Capítulo II del Título II (arts. 23 a 28 del RD 85/2015. Este régimen bancario debe coordinarse con el de las participaciones significativas en sociedades cotizadas establecido en el art. 53 de la LMV y sus normas de desarrollo reglamentario y con el de las OPAS establecido en el art. 60 y ss. de la LMV, en el Real Decreto 1066/2007 y demás normas de desarrollo reglamentario, cuando se trate de operaciones de adquisición de participaciones significativas en entidades de crédito cotizadas en Bolsa⁴⁴.

Se entiende por participación significativa en una entidad de crédito española aquella que alcance -de forma directa o indirecta, al menos- el 10% del capital o de los derechos de voto de la entidad o la que, sin llegar a dicho porcentaje, permita ejercer una influencia notable en la entidad. Se han desarrollado por el RD 84/2015 tanto las reglas de cómputo de la participación significativa por tenencia de un porcentaje en el capital de una entidad de crédito⁴⁵ como las presunciones de ejercicio de influencia notable en cada tipo de entidad de crédito, tomando en consideración su diferente forma jurídica (sociedad anónima especial en el caso de los bancos, sociedad cooperativa especial en el caso de las

⁴⁴ Sobre ambos fenómenos se puede ver, en general, nuestra monografía *“Sociedades anónimas cotizadas y ofertas públicas de adquisición*, Madrid 2012, pp. 111 y ss. y 211 y ss., respectivamente y nuestro estudio *“Las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores”*, en *Los mercados financieros* (dirs. Campuzano, A.B. / Conlledo Lantero, F. / Palomo Zurdo, R.J.), Valencia 2013, pp. 763 y ss.

⁴⁵ A estos efectos, las acciones, aportaciones o derechos de voto a integrar en una participación significativa incluirán los adquiridos directamente por una persona física o jurídica; los adquiridos a través de sociedades controladas o participadas por aquellas personas; los adquiridos por sociedades integradas en el mismo grupo; los adquiridos por otras personas que actúen por su cuenta o concertadamente con el adquirente o con sociedades de su grupo; etc.

cooperativas de crédito o cajas de ahorros) y la diversa posibilidad de nombrar o destituir algún miembro de su consejo de administración⁴⁶.

El control de las participaciones significativas en las entidades de crédito por parte del Banco de España se ejerce con ocasión de los dos movimientos principales que son las adquisiciones e incrementos y las reducciones o cesiones de participaciones significativas; de los que nos ocupamos a continuación.

1.2. Control público de las adquisiciones e incrementos.

Se imponen dos deberes al adquirente potencial que dependen del porcentaje que se pretenda adquirir y se refieren a los dos momentos relevantes, previo y posterior:

En primer lugar, se impone un deber de notificación previa de la adquisición o incremento de una participación significativa ya que se deberá notificar previamente al Banco de España cualquier adquisición de una participación significativa que una persona física o jurídica pretenda realizar, directa o indirectamente, en una entidad de crédito o cualquier incremento de la participación ostentada que le lleve a superar las barreras del 20 %, 30%, o 50%, y, en todo caso, siempre que se pretenda llegar a controlar la entidad de crédito (en el sentido del art. 42 del Cdec). En estos casos, la notificación deberá informar de la cuantía de la participación prevista, incluyendo toda la información exigible que resulte pertinente para la evaluación, y proporcional y adecuada a la naturaleza del adquirente potencial y de la adquisición propuesta. Cuando el Banco de España reciba varias propuestas de adquisición o incremento de participaciones significativas en una misma entidad de crédito, tratará a todos los adquirentes potenciales de forma no discriminatoria⁴⁷.

El Banco de España evaluará la notificación de la adquisición propuesta y elevará al Banco Central Europeo una propuesta de decisión para que esta se oponga o

⁴⁶ V. art. 16 LOSSEC y art. 23 RD 84/2015.

⁴⁷ V. art. 17 LOSSEC y art. 24 RD 84/2015.

no a la adquisición. Para ello, el Banco de España solicitará informe al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad de crédito en la que se propone la adquisición. En concreto, atendiendo a la posible influencia del adquirente potencial sobre la misma, evaluará la idoneidad de éste y la solidez financiera de la adquisición propuesta. El Banco de España deberá consultar a las autoridades responsables de la supervisión en otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando el adquirente potencial sea una entidad de crédito, una empresa de seguros o de reaseguros, una empresa de servicios de inversión o una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva o de fondos de pensiones, autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea; su sociedad matriz o una persona física o jurídica que ejerza el control de aquellas. Como resultado de este proceso informativo, el Banco de España elevará al Banco Central Europeo la propuesta de decisión pertinente, que únicamente podrá ser denegatoria cuando aprecie motivos razonables para oponerse a la adquisición propuesta⁴⁸.

El cumplimiento de las normas anteriores se refuerza mediante una serie de medidas dirigidas a desincentivar los eventuales beneficios de sus infracciones. Así, podemos identificar tres mecanismos⁴⁹:

- Primero, las adquisiciones de participaciones significativas sin previa información al Banco de España, antes del transcurso de plazo previsto o frente a la oposición de aquél Banco serán sancionadas con la suspensión del ejercicio de los derechos políticos de las participaciones adquiridas, lo que conllevará la nulidad de los acuerdos adoptados con la participación de tales derechos políticos y la posibilidad de impugnación de los mismos por el Banco de España.
- Además, existe la posibilidad de que el Banco de España acuerde la intervención de la entidad de crédito afectada o la sustitución de sus administradores⁵⁰.

⁴⁸ V. arts. 18 y 19 LOSSEC y arts. 25 y 26 RD 84/2015.

⁴⁹ V. art. 20 LOSSEC.

- También se prevé la sanción por la infracción muy grave tipificada en la letra m) del art. 92 de la LOSSEC como *“adquirir directa o indirectamente una participación significativa en una entidad de crédito o incrementar, directa o indirectamente tal participación, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída sea igual o superior a los umbrales indicados en el artículo 17, incumpliendo lo previsto en el capítulo III del título I, y en particular, el deber de notificación al Banco de España”*.

b) En segundo lugar, se impone un deber de comunicación posterior de las adquisiciones iguales o superiores al 5% porque toda persona física o jurídica, que por sí sola o actuando de forma concertada con otras, haya adquirido, directa o indirectamente, una participación en una entidad de crédito española de tal manera que el porcentaje de derechos de voto o de capital poseído resulte igual o superior al 5%, deberá comunicarlo inmediatamente y por escrito al Banco de España y a la entidad de crédito correspondiente, indicando la cuantía de la participación alcanzada⁵¹.

Hay que tener en cuenta que tanto para las notificaciones previas de la adquisición o incremento de participaciones significativas como para la comunicación posterior de la adquisición del 5% no se tendrán en cuenta los derechos de voto o el capital resultante del aseguramiento de una emisión o de una colocación de instrumentos financieros ni de la colocación de instrumentos financieros basada en un compromiso firme, siempre que dichos derechos no se ejerzan para intervenir en la administración del emisor y se cedan en el plazo de un año desde su adquisición⁵².

⁵⁰ V. Capítulo V (v. art. 70.1.c) del Título III de la LOSSEC.

⁵¹ V. art. 17.3 LOSSEC

⁵² V. art. 17.4 LOSSEC y art. 23.2 RD 84/2015.

1.3. Control público de las reducciones o cesiones.

En cuanto a las reducciones o cesiones de participaciones significativas, la necesidad de mantener la realidad del mapa informativo de participaciones significativas en entidades de crédito impone la obligación de informar previamente al Banco de España de las cesiones de participaciones significativas de una persona física o jurídica que le conduzcan a reducir su porcentaje de participación en los tramos de la escala anteriormente señalada (20 %, 30%, o 50%), a dejar de tener una participación significativa alguna en una entidad de crédito o a dejar de controlar dicha entidad.

En este caso, la efectividad del cumplimiento de dicho deber se persigue por vía represiva dado que dicho incumplimiento será sancionado conforme a lo previsto en el Título IV de la LOSSEC. En este sentido, se tipifica como infracción muy grave en la letra n) del art. 92 de la LOSSEC el *“ceder directa o indirectamente una participación significativa en una entidad de crédito, o reducirla, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída sea inferior a los umbrales indicados en el artículo 16, incumpliendo lo establecido en el artículo 21”*⁵³.

1.4. Deberes de comunicación de las entidades de crédito afectadas.

El deber de comunicación de las adquisiciones o cesiones de las participaciones significativas se impone no sólo a las personas físicas o jurídicas que realicen las mismas, sino también a las entidades de crédito cuyo capital o control se vea afectado por dichas adquisiciones o cesiones. Este deber de las entidades de crédito de comunicación al Banco de España se proyecta de dos maneras⁵⁴:

⁵³ V. art. 21 LOSSEC.

⁵⁴ V. art. 22 LOSSEC.

a) De forma puntual, en cuanto tengan conocimiento de que las adquisiciones o cesiones de participaciones en su capital traspasen algunos de los niveles anteriormente previstos.

b) De forma periódica, con dos tipos de destinatarios:

b.1) El Banco de España, puesto que las entidades de crédito deberán comunicar trimestralmente al Banco de España la composición de su capital social identificando los accionistas que, siendo entidades financieras, tengan un porcentaje del 0,25, en el caso de los bancos; o del 1%, en el caso de las cooperativas de crédito⁵⁵.

b.2) El público en general, ya que las entidades de crédito tienen un deber de publicar -mediante su inclusión en la memoria anual- las participaciones de otras entidades de crédito en su capital y de sus participaciones en otras entidades de crédito que igualen o superen el 5% del mismo⁵⁶.

1.5. Medidas preventivas y represivas.

El régimen de las participaciones significativas acaba con las medidas preventivas o represivas de las situaciones de influencia dañosa para la gestión sana y prudente de la entidad que puedan desarrollar las personas que posean una participación significativa en una entidad de crédito. En tales casos, se podrán adoptar las medidas de suspensión de derechos políticos correspondientes a las participaciones significativas, acordar la intervención de la entidad o la sustitución de sus administradores o, excepcionalmente, revocar la autorización. En este sentido, debemos recordar que, además de las sanciones antes señaladas, podrán imponerse las sanciones por la comisión de la infracción muy grave tipificada en la letra ñ) del art. 92 de la LOSSEC como *“poner en peligro*

⁵⁵ V. art. 27 RD 84/2015.

⁵⁶ V. art. 28 RD 84/2015.

*la gestión sana y prudente de una entidad de crédito mediante la influencia ejercida por el titular de una participación significativa*⁵⁷.

2. Control público de los gestores: Idoneidad, incompatibilidades y registro de los altos cargos de las entidades de crédito.

Este régimen se establece en el Capítulo IV del Título I de la LOSSEC (arts. 24 a 27) y en el Capítulo III del Título I del RD 84/2015 (arts. 29 a 35) y se ocupa de los aspectos siguientes:

2.1. La idoneidad.

El régimen de los requisitos de idoneidad que deben reunir los gestores de las entidades de crédito o de sus sociedades dominantes se puede exponer respondiendo a dos preguntas:

a) ¿Quiénes se consideran gestores a estos efectos? Los miembros del consejo de administración, los directores generales y asimilados, los responsables del control interno y otros puestos clave en la gestión de una entidad de crédito, las personas físicas que representen en el consejo de administración a los consejeros que sean personas jurídicas y las personas que determinen de modo efectivo la orientación de las sucursales de entidades de crédito extracomunitarias.

b) ¿Cuáles son esos requisitos de idoneidad? Son de dos tipos⁵⁸:

- De tipo ético, consistente en la honorabilidad comercial y profesional, que concurre en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad⁵⁹.

⁵⁷ V. art. 23 LOSSEC.

⁵⁸ V. art. 24 LOSSEC y art. 32 RD 84/2015.

⁵⁹ V. art. 30 RD 84/2015.

- De tipo técnico, que consisten en la posesión de conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones, que concurren en quienes cuenten con formación del nivel y perfil adecuados, en particular en las áreas de banca y servicios financieros, y experiencia práctica derivada de sus anteriores ocupaciones durante periodos de tiempo suficiente. Estos requisitos técnicos se exigirán tanto a nivel individual como a nivel colectivo del consejo de administración, porque su composición general en su conjunto deberá reunir conocimientos, competencias y experiencia suficientes en el gobierno de entidades de crédito para comprender adecuadamente las actividades de la entidad, incluidos sus principales riesgos y asegurar la capacidad efectiva del consejo de administración para tomar decisiones de forma independiente y autónoma en beneficio de la entidad⁶⁰.

La valoración y supervisión de estos requisitos de idoneidad corresponde a la propia entidad de crédito implicada, al adquirente de una participación significativa en aquella entidad si de ella se derivan nuevos nombramientos, al Banco de España y, en su caso, al Banco Central Europeo⁶¹.

2.2. Las incompatibilidades.

El régimen de incompatibilidades y limitaciones de aquellos altos cargos se dota de un cierto margen de flexibilidad y adaptación a las circunstancias de cada entidad y, para ello, se basa en la capacidad que se atribuye al Banco de España para determinar el número máximo de cargos que un miembro del consejo de administración o un director general o asimilado puede ocupar simultáneamente teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la entidad de crédito y la naturaleza, dimensión y complejidad de sus actividades.

Así, se establece una regla general que consiste en que los miembros del consejo de administración y los directores generales y asimilados de entidades de crédito mayores, más complejas o de naturaleza más singular no podrán ocupar al

⁶⁰ V. art. 31 RD 84/2015.

⁶¹ V. art. 25 LOSSEC y arts. 29 y 33 RD 84/2015.

mismo tiempo más cargos que los previstos en una de las siguientes combinaciones: Un cargo ejecutivo junto con dos cargos no ejecutivos o Cuatro cargos no ejecutivos. Los altos cargos señalados no podrán obtener créditos, avales ni garantías de la entidad de crédito en cuya dirección o administración intervengan, por encima del límite y en los términos que se determinen reglamentariamente, salvo autorización expresa del Banco de España⁶².

2.3. El registro.

El Registro de altos cargos que llevará el Banco de España, sin perjuicio de su previa inscripción en el RM⁶³.

3. Gobierno corporativo y política de remuneraciones.

3.1. El gobierno corporativo de las entidades de crédito.

La LOSSEC precisa la noción de las “normas de gobierno corporativo” (art.28) y las exigencias del “sistema de gobierno corporativo” del que deben dotarse tanto las entidades de crédito como sus grupos consolidables⁶⁴. Así, estas entidades deberán establecer procedimientos sólidos de gobierno corporativo, que incluirán una estructura organizativa clara con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes; procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén expuestas o puedan estarlo; mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables correctos; políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la

⁶² V. art. 26 LOSSEC y art. 35 RD 84/2015.

⁶³ V. art. 27 LOSSEC y art. 34 RD 84/2015.

⁶⁴ Sobre la normativa precedente, ver ROMERO MORA, A. / OROÑO CARRASCAL, A., “Gobierno corporativo”, en Muñoz Machado, S. / Vega Serrano, J.M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Madrid 2013, pp. 395 y ss. En este ámbito, resulta particularmente interesante el documento de consulta publicado recientemente por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria sobre las líneas básicas de los principios del gobierno corporativo para los bancos (Basel Committee on Banking Supervision, “Guidelines. Corporate governance principles for banks”, Consultative Document, October 2014).

promuevan. Estos sistemas, procedimientos y mecanismos deberán ser exhaustivos y proporcionados a la naturaleza, escala y complejidad de los riesgos inherentes al modelo empresarial y las actividades de la entidad.

En concreto, el consejo de administración de cada entidad de crédito deberá definir un sistema de gobierno corporativo que garantice una gestión sana y prudente de la entidad y que incluya el adecuado reparto de funciones en la organización y la prevención de conflictos de intereses; y deberá vigilar su aplicación y responder de ella. Para lo cual deberá controlar y evaluar periódicamente su eficacia y adoptar las medidas adecuadas para solventar sus deficiencias. Se consideran funciones indelegables del consejo de administración la vigilancia, control y evaluación periódica de la eficacia del sistema de gobierno corporativo así como la adopción de las medidas adecuadas para solventar, en su caso, sus deficiencias; la asunción de la responsabilidad de la administración y gestión entidad, la aprobación y vigilancia de la aplicación de sus objetivos estratégicos, su estrategia de riesgo y su gobierno interno; la garantía de la integridad de los sistemas de información contable y financiera, incluidos el control financiero y operativo y el cumplimiento de la legislación aplicable; la supervisión del proceso de divulgación de información y las comunicaciones relativas a la entidad de crédito; y la garantía de una supervisión efectiva de la alta dirección⁶⁵. Se establecen, asimismo, algunos instrumentos de dicho sistema de gobierno corporativo, tales como el “Plan General de viabilidad” y el comité de nombramientos⁶⁶.

Vemos como estas normas legales de gobierno corporativo tienen una naturaleza mixta que abarca tanto normas de gobierno corporativo en sentido estricto como normas de gestión y control de los riesgos típicos de la actividad bancaria. Por ello, este conjunto de normas no concuerda exactamente con lo que se ha venido entendiendo como reglas de buen gobierno, por ejemplo, en las sociedades

⁶⁵ Sobre las responsabilidades de supervisión del sistema de gobierno corporativo de los bancos por su consejo de administración ver el Principio 1 en Basel Committee on Banking Supervision, “Guidelines. Corporate governance principles for banks”, Consultative Document, October 2014, p. 7 y ss.

⁶⁶ V. arts. 29 a 31 LOSSEC y arts. 36 a 38 y 43 RD 84/2015.

cotizadas⁶⁷. Y ello es así porque lo que la LOSSEC llama “sistema de gobierno corporativo” de las entidades de crédito (art.28) es una de las condiciones de acceso y de ejercicio de su actividad bancaria que abarca un conjunto variopinto de normas que van más allá de las reglas tradicionales de buen gobierno del Derecho de Sociedades ya que no sólo se refieren a las relaciones internas de los órganos de la entidad de crédito en beneficio de sus socios; sino que alcanzan también a la gestión eficiente de los riesgos típicos de la actividad bancaria, en beneficio de sus clientes.

Esta misma amplitud de las denominadas “normas de gobierno corporativo” se observa en la regulación de los otros intermediarios financieros típicos, tales como las empresas de servicios de inversión⁶⁸ o las entidades aseguradoras⁶⁹.

3.2. La política de remuneraciones de los gestores en las entidades de crédito.

La LOSSEC señala las líneas esenciales de la política de remuneraciones de los gestores que deberá fijar toda entidad de crédito⁷⁰. En esta regulación se observa un interés porque se trate de una política global tanto desde el punto de vista objetivo (de los conceptos remuneratorios) como subjetivo (de los gestores en sentido amplio a quienes se les remunera), de modo tal que no se escape de la noción de remuneración ningún concepto ni sujeto por razones formales.

Por lo anterior, la política de remuneraciones incluirá los salarios y los beneficios discrecionales de pensión y se aplicará a todos los gestores –en sentido amplio– de la entidad. Categoría ésta que incluye las categorías de personal cuyas actividades profesionales incidan de manera significativa en el perfil de riesgo de

⁶⁷ Véanse las Recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015.

⁶⁸ Así lo podemos apreciar en la nueva redacción del art. 70 ter de la LMV dada por el apartado 20 de la Disposición final primera de la LOSSEC.

⁶⁹ Así se puede ver en el art. 2º de la Resolución de 16 de junio de 2014, de la DGSFP.

⁷⁰ Sobre la remuneración en el sistema de gobierno corporativo de los bancos ver el Principio 11 en Basel Committee on Banking Supervision, “Guidelines. Corporate governance principles for banks”, Consultative Document, October 2014, p. 7 y ss.

la entidad, su grupo, sociedad matriz o filiales. Estos son, altos directivos, los empleados que asumen riesgos, los que ejercen funciones de control, y a todo trabajador que reciba una remuneración global que lo incluya en el mismo baremo de remuneración que el de los altos directivos y los empleados que asumen riesgos, cuyas actividades profesionales inciden de manera importante en su perfil de riesgo.

En este ámbito, la LOSSEC establece los principios generales que deben informar la política de remuneraciones general conforme a los cuales promoverá y será compatible con una gestión adecuada y eficaz de los riesgos y no ofrecerá incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel tolerado por la entidad; será compatible con la estrategia empresarial, los objetivos, los valores y los intereses a largo plazo de la entidad e incluirá medidas para evitar los conflictos de intereses; garantizará la independencia del personal que ejerza funciones de control dentro de la entidad de crédito respecto de las unidades de negocio que supervise; personal que contará con la autoridad necesaria para desempeñar su cometido y será remunerado en función de la consecución de los objetivos relacionados con sus funciones, con independencia de los resultados de las áreas de negocio que controle; garantizará que la remuneración de los altos directivos encargados de la gestión de riesgos y con funciones de cumplimiento será supervisada directamente por el comité de remuneraciones; y distinguirá de forma clara entre los criterios para el establecimiento de la remuneración fija (que deberá reflejar principalmente la experiencia profesional pertinente y la responsabilidad en la organización según lo estipulado en la descripción de funciones como parte de las condiciones de trabajo) y la remuneración variable (que deberá reflejar un rendimiento sostenible y adaptado al riesgo, así como un rendimiento superior al requerido para cumplir lo estipulado en la descripción de funciones como parte de las condiciones de trabajo). La LOSSEC desarrolla con particular detalle los principios que deben regir los elementos variables de la remuneración y los principios que deben regir la política de remuneraciones de las entidades de crédito que reciban apoyo financiero público. Este régimen de

las remuneraciones se completa con las normas sobre el comité de remuneraciones⁷¹.

B) Requisitos organizativos: La gestión de riesgos.

Enmarcada en el sistema de gobierno corporativo, la LOSSEC establece las líneas básicas de esta gestión de riesgos, atribuyendo la responsabilidad de la misma al consejo de administración que deberá dedicar tiempo suficiente a la consideración de las cuestiones relacionadas con los riesgos⁷² y deberá aprobar y revisar periódicamente las estrategias y políticas de asunción, gestión, supervisión y reducción de los riesgos a los que la entidad esté o pueda estar expuesta, incluidos los que presente la coyuntura macroeconómica en que opera en relación con la fase del ciclo económico. En concreto, la LOSSEC define la función de gestión de riesgos y el comité de riesgos⁷³.

C) Requisitos financieros: solvencia y liquidez.

1. Normativa de solvencia: Remisión al Reglamento (UE) nº 575/2013.

El régimen de solvencia de las entidades de crédito está contenido en el Título II de la LOSSEC (arts. 39 a 49) y en el Título II (arts. 43 a 75) del RD 84/2015 que se remiten -como normativa de solvencia de las entidades de crédito- a la establecida, en primer lugar, por el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión; a la que se

⁷¹ V. arts. 33 a 36 LOSSEC y arts. 39 y 40 RD 84/2015.

⁷² En particular, deberá participar activamente en la gestión de todos los riesgos sustanciales contemplados en la normativa de solvencia; velando por que se asignen recursos adecuados para la gestión de riesgos; interviniendo en la valoración de los activos, el uso de calificaciones crediticias externas y los modelos internos relativos a estos riesgos.

⁷³ V. arts. 37 y 38 LOSSEC y arts. 41, 42 y 44 RD 84/2015.

remite “in totum” el art. 39 de la LOSSEC. Por lo tanto, la LOSSEC desarrolla los aspectos dejados a las regulaciones nacionales por aquel Reglamento⁷⁴.

2. Aspectos regulatorios: ámbito subjetivo y autoevaluación.

2.1. Ámbito subjetivo.

El ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de solvencia alcanza a las entidades de crédito, a los grupos y subgrupos consolidables de entidades de crédito, a las sociedades financieras de cartera y a las sociedades financieras mixtas de cartera. En los grupos y subgrupos citados se integrarán las entidades financieras, categoría que incluye las sociedades de gestión de activos, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo, las sociedades y fondos autogestionados, y las sociedades gestoras de fondos de titulización hipotecaria y de fondos de titulización de activos⁷⁵.

2.2. Autoevaluación.

Tanto los grupos consolidables de entidades de crédito como las entidades de crédito no integradas en ellos deberán cumplir los requisitos de autoevaluación del capital, que se concretan en el deber de contar con estrategias y procedimientos –que deben ser objeto de una evaluación interna periódica- que resulten sólidos, eficaces y exhaustivos a fin de evaluar y mantener de forma permanente los importes, los tipos y la distribución del capital interno que consideren adecuados para cubrir la naturaleza y el nivel de los riesgos a los cuales estén o puedan estar expuestos⁷⁶. Se tipifican los riesgos relevantes para evaluar la solvencia de las entidades de crédito y se enumeran, en este sentido, los siguientes: Riesgo de crédito y de contraparte, riesgo residual, riesgo de

⁷⁴ Sobre la normativa precedente, v. GÓMEZ DE MIGUEL, J.M., “La solvencia de los bancos”, en Muñoz Machado, S. / Vega Serrano, J.M., (Dirs.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Ed. Iustel, Madrid 2013, pp. 523 y ss.

⁷⁵ V. art. 40 LOSSEC.

⁷⁶ V. art. 41 LOSSEC y art. 45 RD 84/2015.

concentración, riesgo de titulización, riesgo de mercado, riesgo de tipos de interés derivado de actividades ajenas a la cartera de negociación, riesgo operacional, riesgo de liquidez y riesgo de apalancamiento excesivo⁷⁷.

2.3. Restricciones en materia de distribuciones.

Dada la necesidad de garantizar que las entidades de crédito no desarrollen actuaciones contradictorias con su estado de solvencia, la LOSSEC establece una serie de restricciones en materia de distribuciones que parten de dos presupuestos⁷⁸:

a) El primero, de carácter sustancial, es la tipificación de las que se consideran legalmente como distribuciones relativas al capital de nivel 1 ordinario. Se trata del pago de dividendos en efectivo, la distribución de acciones total o parcialmente liberadas u otros instrumentos de capital, el rescate o la compra por una entidad de acciones propias u otros instrumentos de capital, el reembolso de importes pagados en relación con los instrumentos de capital y, en general, cualesquiera otros que el Banco de España pudiera determinar o considerar que tienen un efecto similar.

b) Y el segundo, de carácter instrumental, es la exigencia a las entidades de crédito de mecanismos que garanticen que el importe de beneficios distribuibles y el importe máximo distribuible se calculan con exactitud, cálculo que, en todo caso, habrá de poder demostrarse al Banco de España cuando se les solicite.

Una vez establecidos aquellos presupuestos, las restricciones en materia de distribuciones distinguen dos situaciones:

a) Primera, las entidades de crédito que cumplan el requisito combinado de colchones de capital, que podrán realizar distribuciones relativas al capital de

⁷⁷ V. arts. 46 a 54 RD 84/2015.

⁷⁸ V. art. 48 LOSSEC.

nivel 1 ordinario siempre y cuando dicha distribución permita mantener dicho nivel.

b) Segunda, las entidades de crédito que no cumplan el requisito combinado de colchones de capital, que no podrán realizar una distribución relativa al capital de nivel 1 ordinario, asumir una obligación de pagar una remuneración variable o beneficios discrecionales de pensión o realizar pagos vinculados a instrumentos de capital de nivel 1 adicional; antes de haber calculado el importe máximo distribuible (IMD)⁷⁹ y haber informado inmediatamente al Banco de España de dicho importe.

3. Aspectos técnicos: recursos propios, liquidez y colchones de capital.

Para que una entidad de crédito sea solvente -esto es, esté en disposición de cumplir regularmente sus obligaciones- debe tener en todo momento unos niveles de capital y de liquidez adecuados.

3.1. Capital exigible.

El edificio del capital exigible a las entidades de crédito se compone de dos estructuras adyacentes:

a) La estructura central de los recursos propios regulada en los arts. 92 y ss. del Reglamento (UE) nº 575/2013 que establece las exigencias de aquellos fondos propios expresadas como proporciones porcentuales entre el capital del que dispongan las entidades (que se clasifica en 3 niveles: capital de nivel 1 ordinario, capital de nivel 1 y ratio total de capital) y las exposiciones de riesgo derivadas de su concreta actividad (tomando en consideración el riesgo de crédito, de dilución,

⁷⁹ Sobre la forma de cálculo de este IMD v. arts. 73 RD 84/2015.

de cartera de negociación, de tipo de cambio, de liquidación, de materias primas, operativo, de contraparte, etc.)⁸⁰.

b) La estructura adicional de seguridad, expresada en forma de “colchones de capital” –regulados en los arts. 43 a 47 de la LOSSEC y en los arts. 58 a 75 del RD 84/2015- que persiguen dos finalidades básicas que son: por una parte, proteger la solvencia de las entidades bien en situaciones de normalidad, como sucede con el colchón de conservación del capital; o bien ante acontecimientos eventuales, como es el colchón de capital anticíclico específico; y, por otra parte, proteger adicionalmente la solvencia de determinadas entidades, como sucede con el colchón de capital para entidades de importancia sistémica mundial (EISM) o para otras entidades de importancia sistémica (OEIS) y el colchón contra riesgos sistémicos.

3.2. Liquidez.

Dado que la solvencia de una entidad de crédito requiere que esté en disposición de cumplir regularmente las obligaciones que le son exigibles; además de cumplir los requisitos en cuanto a la proporción adecuada entre sus recursos propios y los riesgos típicos derivados de su actividad; debe contar con activos líquidos en cuantía suficiente para garantizar que, en todo momento, podrá cumplir las obligaciones que le sean exigibles. Dado que el nivel adecuado de liquidez de cada entidad de crédito dependerá de su modelo empresarial específico, la LOSSEC confiere al Banco de España la competencia para evaluar los requisitos de liquidez de las entidades de crédito, tomando en consideración sus sistemas, procedimientos y mecanismos de gobierno corporativo, los resultados de la supervisión y la evaluación de riesgos y, en particular, todo riesgo de

⁸⁰ El .56 del RD 84/2015 detalla las “exposiciones frente al sector público”, distinguiendo según se trate del Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, los organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales, las Entidades gestoras de la Seguridad Social, el ICO, etc.

liquidez de carácter sistémico que comprometa la integridad de los mercados financieros⁸¹.

VI. LA SUPERVISIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO POR EL BANCO DE ESPAÑA.

A) La regulación de la supervisión.

Un precipitado lógico de todo sistema de regulación de los intermediarios financieros es su supervisión por una autoridad administrativa o agencia – generalmente- independiente. Por ello, un denominador común a las cuatro fases de regulación de las entidades de crédito antes descritas es la necesidad de supervisión del cumplimiento de dicha regulación, que se encomienda al Banco de España en los términos previstos en el Título III (arts. 50 a 88) de la LOSSEC y en el Título III (arts. 76 a 92) del RD 84/2015. Esta supervisión se ordena en varios conjuntos de normas de los que nos ocupamos a continuación⁸².

B) Alcance subjetivo de la función supervisora del Banco de España.

La función supervisora del Banco de España alcanza no solo a las entidades de crédito individualmente considerada, sino también a sus grupos consolidables con matriz en España, a las sociedades financieras mixtas de cartera y a las sucursales de entidades de crédito comunitarias y extracomunitarias, fijando, en

⁸¹ V. art. 46 LOSSEC.

⁸² Ver LASTRA, R.M., “Modelos de regulación financiera en el Derecho comparado: organización de la supervisión por funciones twin peaks y organización por sectores supervisados; reunión o separación de funciones en el Banco Central” y VEGA SERRANO, J.M., “El Banco de España y el Sistema Europeo de Supervisión”, ambos en Muñoz Machado, S. / Vega Serrano, J.M., (Dirs.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Madrid 2013, pp. 261 y ss. y pp. 177 y ss., respectivamente; DEL CAÑO PALOP, J.R., “El Banco de España. Organización y funciones”, en Zunzunegui, F. (Dir.), “Derecho bancario y bursátil”, Madrid, 2012, pp. 49 y ss.; y JIMÉNEZ-BLANCO, A., “El Banco de España y las entidades del mercado financiero”, en Alonso Ureba, A. / Martínez Simancas, J. (Dirs.), “Derecho del mercado financiero”, Madrid 1994, Tomo I, Vól. 2, pp. 3 y ss.

éste último caso, el sistema de evaluación de la equivalencia de la supervisión en base consolidada de dichos Estados extracomunitarios⁸³.

C) Alcance objetivo de la función supervisora del Banco de España.

Aquella supervisión alcanzará a los siguientes aspectos de las entidades de crédito, grupos y demás entidades supervisadas:

a) Los mecanismos de cumplimiento normativo: en concreto, los sistemas, estrategias, procedimientos o mecanismos de cualquier tipo, aplicados por las entidades de crédito para dar cumplimiento a la normativa de ordenación y disciplina⁸⁴.

b) Los riesgos: en concreto, los riesgos a los cuales están o pueden estar expuestas las entidades, y con base en esta evaluación y a la de cumplimiento normativo, poder determinar si los mecanismos de cumplimiento normativo, los recursos propios y la liquidez mantenidos por las entidades de crédito garantizan una gestión y cobertura sólida de sus riesgos⁸⁵.

c) Los sistemas de gobierno corporativo y políticas remunerativas: en concreto, al cumplimiento por parte de las entidades de crédito de las normas sobre idoneidad, remuneraciones y responsabilidad en la gestión de riesgos, así como de las demás normas sobre gobierno corporativo previstas legal y reglamentariamente (art. 53).

D) Instrumentos de la función supervisora del Banco de España.

Los instrumentos específicos de los que puede valerse el supervisor son los dos siguientes:

⁸³ V. arts. 6 a 60 LOSSEC y arts. 81 a 83 RD 84/2015.

⁸⁴ V. art. 51 LOSSEC.

⁸⁵ V. art. 52 LOSSEC y arts. 76 a 80 RD 84/2015.

1. Las guías técnicas.

Estas guías técnicas se elaborarán por el Banco de España y estarán dirigidas a las entidades y grupos supervisados. En cuanto se refiere a su contenido, indicarán los criterios, prácticas, metodologías o procedimientos que el Banco de España considere adecuados para el cumplimiento de la normativa de supervisión⁸⁶.

Estas guías, que deberán hacerse públicas, podrán incluir los criterios que el Banco de España seguirá en el ejercicio de sus actividades de supervisión. Y el Banco de España podrá requerir a las entidades y grupos supervisados una explicación de los motivos por los que, en su caso, se hubieran separado de dichos criterios, prácticas, metodologías o procedimientos.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el Banco de España podrá hacer suyas, y transmitir como tales a las entidades y grupos, así como desarrollar, complementar o adaptar las guías que, sobre dichas cuestiones, aprueben los organismos o comités internacionales activos en la regulación y supervisión bancarias⁸⁷.

2. El “programa supervisor”.

El segundo instrumento de supervisión será el “programa supervisor” que el Banco de España aprobará anualmente y respecto del que hay que identificar su alcance subjetivo, su contenido mínimo y sus consecuencias⁸⁸:

⁸⁶ En particular, estas guías se referirán a la evaluación de los riesgos a que las entidades están expuestas y al adecuado cumplimiento de las normas de ordenación y disciplina, a las prácticas de remuneración e incentivos de asunción de riesgos compatibles con una adecuada gestión del riesgo, a la información financiera y contable y las obligaciones de someter a auditoría externa las cuentas anuales o estados financieros de las entidades y grupos supervisados, a la adecuada gestión de los riesgos derivados de la tenencia de participaciones significativas de las entidades de crédito en otras entidades financieras o empresas no financieras, a la instrumentación de mecanismos de reestructuración o resolución de entidades de crédito, al gobierno corporativo y control interno y en, general, a cualquier otra materia incluida en el ámbito de competencias del Banco de España.

⁸⁷ V. art. 54 LOSSEC.

⁸⁸ V. art. 55 LOSSEC.

a) Primero, en cuanto a su alcance subjetivo, el programa supervisor se referirá a todas las entidades de crédito sujetas a la supervisión del Banco de España, con especial atención a las entidades en riesgo de insolvencia⁸⁹, a las entidades que supongan un riesgo sistémico para el sistema financiero y, en general, a cualesquiera otras entidades que, a juicio del Banco de España, requieran una consideración especial en el ejercicio de la función supervisora. En particular, el Banco de España tendrá en cuenta la información recibida de las autoridades de otros Estados miembros en relación con las sucursales allí establecidas de entidades de crédito españolas.

b) Segundo, su contenido mínimo abarcará una indicación de la forma en que el Banco de España se propone llevar a cabo su labor supervisora y asignar sus recursos, la identificación de las entidades de crédito que está previsto someter a una supervisión reforzada y las medidas que prevén adoptar al efecto y un plan de inspecciones in situ de las entidades de crédito.

c) Tercero, en lo que se refiere a sus consecuencias, el Banco de España, a la vista de los resultados de la revisión y evaluación supervisora, podrá adoptar las medidas que considere oportunas en cada caso, tales como el aumento del número o la frecuencia de las inspecciones in situ de la entidad, la presencia permanente en la entidad de crédito, la exigencia de remisión de información adicional o más frecuente por la entidad de crédito, la revisión adicional o más frecuente de los planes operativo, estratégico o de negocio de la entidad de crédito, los exámenes temáticos centrados en riesgos específicos, etc.. En todo caso, el Banco de España someterá a las entidades de crédito que supervisa, con una frecuencia mínima anual, a pruebas de resistencia, a fin de facilitar el proceso de revisión y evaluación.

⁸⁹ Que son aquellas cuyos resultados en las pruebas de resistencia o en el proceso de revisión supervisora y de evaluación, indiquen la existencia de riesgos significativos para su solidez financiera o revelen el posible incumplimiento de la normativa de solvencia.

E) Colaboración del Banco de España con otras autoridades de supervisión bancaria.

La LOSSEC establece los principios y mecanismos de colaboración del Banco de España con autoridades de supervisión bancaria de otros países, comunitarios o extracomunitarios y con las autoridades supervisoras de la UE en su condición de autoridad responsable de la supervisión consolidada, mediante la coordinación de la recogida de información y difusión entre las restantes autoridades responsables de la supervisión de entidades del grupo la información más pertinente y esencial, en situaciones tanto ordinarias como urgentes. También se fijan la planificación y coordinación de las actividades de supervisión en situaciones ordinarias o en situaciones de urgencia o en previsión de tales situaciones, y en particular, en aquellos casos en que exista una evolución adversa de las entidades de crédito o de los mercados financieros valiéndose, siempre que sea posible, de los canales de comunicación específicos existentes para facilitar la gestión de crisis.

Se establece asimismo la cooperación con otras autoridades competentes con responsabilidad supervisora sobre las entidades de crédito extranjeras, matrices, filiales o participadas del mismo grupo; la suscripción de acuerdos de coordinación y cooperación; y la resolución, mediante decisión conjunta, de las solicitudes de declaración de sucursales significativas formuladas por las autoridades competentes de los países donde estén ubicadas sucursales de entidades de crédito españolas.

Se presta una atención especial a los supuestos de colaboración del Banco de España con autoridades supervisoras de otros países comunitarios en caso de incumplimientos de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados comunitarios y a la posible adopción por parte del Banco de España de medidas cautelares en caso de incumplimientos de aquellas sucursales de entidades de otros Estados miembros de la UE⁹⁰.

⁹⁰ V. art. 61 a 64 LOSSEC y art. 84 a 89 RD 84/2015.

Estas normas de colaboración supervisora del Banco de España acaban fijando los supuestos de decisión conjunta⁹¹, los colegios de supervisores⁹² y las relaciones del Banco de España con otras autoridades financieras nacionales, tales como la CNMV, la DGSFP y el FROB.

F) Medidas que puede adoptar el Banco de España en casos de crisis de entidades de crédito.

La LOSSEC establece las medidas que puede adoptar el Banco de España ante crisis –más o menos graves- de entidades de crédito, que se ordenan, en razón de la gravedad creciente de sus causas y del alcance proporcionado de tales medidas en dos grupos:

1. Las medidas de supervisión prudencial.

Las medidas de supervisión prudencial pueden ser de dos tipos, cada uno con sus causas y sus consecuencias características, que son:

1.1. Las medidas de supervisión prudencial genéricas.

Respecto de este primer tipo de las medidas de supervisión prudencial genéricas, hay que distinguir⁹³:

a) Por una parte, sus causas. En este sentido, las circunstancias que facultan al Banco de España para exigir a las entidades de crédito o grupos consolidables de entidades de crédito que adopten inmediatamente las medidas necesarias para retornar al cumplimiento de los estándares de solvencia son las siguientes:

a.1) Causas que parten del incumplimiento por las entidades de crédito de las garantías financieras que les son exigibles. Así, cuando aquellas entidades no cumplan con las obligaciones contenidas en la normativa de solvencia, incluida la

⁹¹ V. art. 65 LOSSEC y art. 90 RD 84/2015.

⁹² V. art. 66 LOSSEC y art. 86 RD 84/2015.

⁹³ V. art. 68 LOSSEC.

liquidez; o el Banco de España considere que los recursos propios y la liquidez mantenidos por la entidad no garantizan una gestión y cobertura sólidas de sus riesgos; o cuando -conforme a los datos a disposición del Banco de España- existan razones fundadas para considerar que la entidad va a incumplir las obligaciones descritas anteriormente en los siguientes doce meses.

a.2) Causas que se derivan del incumplimiento por las entidades de crédito de las obligaciones de adecuación de la estructura organizativa o el control interno de los riesgos.

b) Por otra parte, sus efectos. Así, estas medidas que puede adoptar el Banco de España -según las que considere más oportunas atendiendo a la situación de la entidad o grupo- son muy amplias y pueden clasificarse en las siguientes categorías (si bien veremos que las medidas están interconectadas y algunas de ellas afectan a los diversos aspectos que señalaremos):

b.1) Medidas que inciden en las garantías financieras de las entidades tales como exigir a las entidades de crédito y sus grupos que mantengan recursos propios superiores a los establecidos legalmente en relación con determinados riesgos y elementos de riesgo; que presenten un plan para retornar al cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley y en el Reglamento (UE) nº 575/2013; que introduzcan en el plan las mejoras necesarias en cuanto a su alcance y plazo de ejecución; que apliquen una política específica de dotación de provisiones o un determinado tratamiento de los activos en términos de requerimientos de recursos propios; o que utilicen los beneficios netos para reforzar sus recursos propios. También pueden consistir en prohibir o restringir la distribución por la entidad de dividendos o intereses a accionistas, socios o titulares de instrumentos de capital adicional de nivel 1, siempre y cuando la prohibición no constituya un supuesto de incumplimiento de las obligaciones de pago de la entidad; o imponer la obligación de disponer de una cantidad mínima de activos líquidos que permitan hacer frente a las potenciales salidas de fondos derivadas de pasivos y compromisos, incluso en caso de eventos graves que pudieran afectar a la liquidez.

b.2) Medidas que inciden en los aspectos organizativos tales como la exigencia de que las entidades refuercen los procedimientos, mecanismos y estrategias establecidos a fin de cumplir lo dispuesto legalmente respecto del sistema de gobierno corporativo, el plan general de viabilidad y la autoevaluación del capital; o en exigir a las entidades de crédito y sus grupos que limiten la remuneración variable como porcentaje de los ingresos netos, cuando resulte incompatible con el mantenimiento de una base sólida de capital

b.3) Medidas que afectan a sus aspectos operativos, tales como las que consisten en obligar a que las entidades de crédito afectadas restrinjan o limiten las actividades, las operaciones o la red de las entidades o solicitar el abandono de actividades que planteen riesgos excesivos para la solidez de una entidad; en exigir la reducción del riesgo inherente a las actividades, productos y sistemas de las entidades; o en obligarles a mantener una estructura adecuada de fuentes de financiación y de vencimientos en sus activos, pasivos y compromisos con el fin de evitar potenciales desequilibrios o tensiones de liquidez que puedan dañar o poner en riesgo la situación financiera de la entidad.

b.4) Medidas que inciden en las obligaciones que deben cumplir las entidades de crédito afectadas, tales como imponer obligaciones de información adicionales o más frecuentes, incluida información sobre la situación de capital y liquidez; o en exigir la comunicación de información complementaria.

1.2. Las medidas de supervisión prudencial específicas consistentes en la exigencia de recursos propios adicionales.

El segundo tipo son las medidas de supervisión prudencial específicas que consisten en la exigencia de recursos propios adicionales, respecto de las que hay que diferenciar⁹⁴:

a) Por un lado, sus causas que acaecen si la entidad no cumple los requisitos establecidos en los arts. 29, 30, 41 o 393 del Reglamento (UE) nº 575/2013; si

⁹⁴ V. art. 69 LOSSEC.

hay riesgos o elementos de riesgo que no quedan cubiertos por los requerimientos de recursos propios establecidos en la normativa de solvencia; si existen razones fundadas para considerar que la aplicación de otras medidas no baste para mejorar suficientemente los sistemas, procedimientos, mecanismos y estrategias en un plazo adecuado; si la revisión de riesgos pone de manifiesto que el incumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de un método de cálculo de los requisitos de recursos propios que requiere autorización previa de conformidad con la parte tercera del Reglamento (UE) nº 575/2013 podría dar lugar a unos requerimientos de recursos propios insuficientes; si los ajustes de valoración con respecto a posiciones o carteras específicas dentro de la cartera de negociación, de acuerdo con lo establecido en el art. 105 del Reglamento (UE) nº 575/2013 no permiten que la entidad venda o cubra sus posiciones en un corto periodo de tiempo sin incurrir en pérdidas importantes en condiciones de mercado normales; si existiesen razones fundadas para considerar que los riesgos pudieran quedar subestimados a pesar del cumplimiento de los requisitos exigidos de conformidad con la normativa de solvencia; o, finalmente, si la propia entidad de crédito notifica al Banco de España -de conformidad con el artículo 377.5 del Reglamento (UE) nº 575/2013- que los resultados de la prueba de resistencia exceden de forma significativa los requerimientos de recursos propios derivados de la cartera de negociación de correlación.

b) Por otro lado, sus efectos. Porque, para determinar el nivel adecuado de recursos propios adicionales, el Banco de España evaluará los aspectos cuantitativos y cualitativos del proceso de evaluación de las entidades de crédito; los sistemas, procedimientos y mecanismos relacionados con los planes de viabilidad y resolución de las entidades de crédito; los resultados de la revisión y evaluación; y el riesgo sistémico.

2. Las medidas de intervención y sustitución.

Respecto de estas últimas medidas, la LOSSEC regula dos aspectos básicos⁹⁵:

⁹⁵ Sobre la normativa previa, ver CARRILLO DONAIRE, J.A., “Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites”, en Muñoz Machado, S. / Vega Serrano, J.M., (Dir.),

2.1. Causas.

Las causas de intervención y sustitución del órgano de administración de una entidad de crédito⁹⁶ acaecerán cuando se den los supuestos de resolución y reestructuración de la entidad de crédito conforme con lo previsto en Ley 9/2012; cuando existan indicios fundados de que la entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad y que pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia; o cuando se adquiriera una participación significativa en una entidad de crédito sin respetar el régimen legalmente previsto o cuando existan razones fundadas y acreditadas para considerar que la influencia ejercida por las personas que la posean pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera.

2.2. Efectos.

la LOSSEC regula los distintos aspectos implicados en la ejecución de estas medidas, tales como la forma de ejercer la competencia de intervención y sustitución por el Banco de España, los acuerdos de intervención o sustitución y su contenido, los requisitos de validez de los actos y acuerdos posteriores a la fecha de intervención, la forma de integrar la administración provisional, el cese de las medidas de intervención o sustitución, la disolución y liquidación voluntaria de la entidad de crédito, la intervención de las operaciones de liquidación que puede acordar el Ministro de Economía y Competitividad y la comunicación anual por el Banco de España a las Cortes Generales de una Memoria de las medidas adoptadas⁹⁷.

Bobes Sánchez (Coord.) "Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario", Ed. Istel, Madrid 2013, pp. 781 y ss.

⁹⁶ V. art. 70 LOSSEC.

⁹⁷ V. arts. 71 a 79 LOSSEC.

G) La transparencia supervisora: las obligaciones de información y publicación del Banco de España.

La LOSSEC quiere que el Banco de España sea transparente en su función supervisora y, para ello, le obliga a publicar de forma periódica un conjunto de información relativa a la normativa de solvencia que ofrece dos perfiles⁹⁸:

a) Un perfil cuantitativo, porque aquella información periódica debe alcanzar a los criterios y métodos generales empleados para la revisión y evaluación de los mecanismos de cumplimiento normativo, de supervisión de riesgos y de gobierno corporativo y políticas remuneratorias; los datos estadísticos agregados sobre los aspectos fundamentales del ejercicio de la función supervisora, incluido el número y naturaleza de las medidas de supervisión adoptadas y las sanciones administrativas impuestas; los criterios generales y los métodos adoptados para comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 405 a 409 del Reglamento (UE) nº 575/2013; una sucinta descripción del resultado de la revisión supervisora y la descripción de las medidas impuestas en los casos de incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 405 a 409 del Reglamento (UE) nº 575/2013, sobre una base anual; los resultados de las pruebas de resistencia realizadas de conformidad con los arts. 55.4 o 32 del Reglamento (UE) nº 1093/2010; y, en general, cualquier otra información que se determine reglamentariamente.

b) Un perfil cualitativo, porque la información publicada deberá ser suficiente para permitir una comparación significativa de los planteamientos adoptados por el Banco de España con los de las autoridades homólogas de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea.

Además de estos deberes informativos en situaciones normales, se regulan los deberes en situaciones de urgencia; la consiguiente obligación de secreto, con las pertinentes excepciones en caso de requerimientos judiciales o administrativos

⁹⁸ V. art. 80 LOSSEC y art. 92 RD 84/2015.

(en especial, de la CNMV, la DGSFP o el FROB) y el deber de reserva de información⁹⁹.

En particular, se regula la información contable que deben remitir las entidades de crédito al Banco de España, la información con relevancia prudencial de las entidades de crédito, la información exigible a las sucursales de entidades de crédito con sede en la UE, el Informe bancario anual y la información sobre participaciones en entidades de crédito¹⁰⁰.

VII. LA SANCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.

A) El régimen sancionador.

Si antes vimos que un precipitado lógico de todo sistema de regulación de los intermediarios financieros es su supervisión, la consecuencia necesaria de esta regulación y supervisión -para que tengan una eficacia obligatoria y, por ende, un significado jurídicamente relevante- es el establecimiento de un régimen sancionador que castigue los incumplimientos de aquellas exigencias detectados por el sistema supervisor. De ahí que el Título IV (arts. 89 a 118) de la LOSSEC establezca este sistema que se basa en la siguiente ecuación de tres factores:

a) Los sujetos sometidos, que son las entidades de crédito, sus cargos de administración y dirección, las personas físicas y jurídicas que ostenten participaciones significativas, etc.

b) Las infracciones de las normas de ordenación bancaria que se clasifican en tres categorías en función de su gravedad: como infracciones muy graves, graves o leves; regulándose sus diferentes plazos de prescripción (de 5 años para las muy graves, 4 años, para las graves y 2 años para las leves).

⁹⁹ V. art. 81 a 83 LOSSEC.

¹⁰⁰ V. art. 84 a 87 LOSSEC y art. 93 RD 84/2015.

c) Las sanciones que se pueden imponer por la comisión de infracciones muy graves, graves o leves; y tanto a la entidad de crédito como a los que ejerzan cargos de administración o de dirección.

Según decimos, la ecuación sancionadora se expresa cuando la LOSSEC dice que “las entidades de crédito, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable” (art.89.1).

B) Los sujetos sometidos.

En cuanto a este primer factor de la ecuación sancionadora, existen cuatro grandes categorías de sujetos sometidos:

a) Las entidades de crédito.

b) Los cargos de administración o dirección de aquellas entidades, cuya responsabilidad administrativa será independiente. En este sentido, merecen la calificación legal de órganos de dirección de una entidad aquellos que están facultados para fijar la estrategia, los objetivos y la orientación general de la entidad y que se ocupan de la vigilancia y control del proceso de adopción de decisiones de dirección, incluidos quienes dirigen de forma efectiva la entidad. Por lo tanto, se considera que ostentan cargos de administración o dirección en las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, sus directores generales o los asimilados.

c) Los socios de aquellas entidades que posean una participación significativa en su capital y aquellas personas físicas o jurídicas que, teniendo nacionalidad española, controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro de la UE. La responsabilidad también alcanzará a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las entidades responsables.

d) Otras personas físicas o jurídicas, relacionadas con las entidades de crédito, tales como las personas físicas o jurídicas y sus administradores de hecho o de

derecho que infrinjan las prohibiciones de reserva de actividad bancaria o denominación de entidades de crédito; las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera y a los que ostenten cargos de administración o dirección en las mismas; aquellos terceros a los que las entidades de crédito hayan subcontratado funciones o actividades operativas; y, en general, todas las demás entidades que se prevean en el ordenamiento jurídico.

C) Las infracciones.

En lo que respecta a este segundo factor de la ecuación sancionadora, hemos de comenzar recordando que las infracciones de las normas de ordenación bancaria, según hemos indicado, se clasifican en tres categorías en función de su gravedad: como infracciones muy graves, graves o leves. Adviértase que esta última categoría opera como una cláusula de cierre lógico del sistema sancionador cuando vemos que “constituyen infracciones leves el incumplimiento de preceptos de obligada observancia para las entidades de crédito comprendidos en normas de ordenación o disciplina que no constituyan infracción grave o muy grave” (art.94).

La tipificación de las conductas como infracciones muy graves o graves dependerá de varios criterios adaptados al tipo de conductas, de modo tal que se tendrá en cuenta su carácter reiterado u ocasional, en el caso de actividades; el porcentaje de desviación respecto de los estándares legales, en el caso de incumplimientos de requerimientos de recursos propios o de solvencia; el impacto en la solvencia o viabilidad de la entidad de crédito o el grupo, cuando se trate de deficiencias organizativas; etc.

Sin poder entrar en su exposición detallada y recordando que -en éste ámbito del Derecho administrativo sancionador- opera la garantía de tipicidad, podemos agrupar las infracciones en varias categorías temáticas:

a) Acceso ilegal a la actividad bancaria. Así, por ejemplo, el ejercicio profesional de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del

público o el uso de las denominaciones reservadas de las entidades de crédito u otras que puedan inducir a confusión con ellas, sin haber sido autorizada como entidad de crédito¹⁰¹.

b) Ejercicio ilegal de la actividad bancaria, categoría ésta que puede diversificarse, a su vez, en las siguientes subcategorías:

b.1) Extralimitación de la actividad bancaria, consistente en ejercer actividades ajenas a su objeto exclusivo legalmente determinado, que será una infracción muy grave o grave en función de su reiteración o de su carácter ocasional¹⁰².

b.2) Modificaciones estructurales ilegales, tales como fusiones, escisiones o cesiones globales de activos o pasivos que afecten a las entidades de crédito realizadas sin la autorización preceptiva, sin observar las condiciones básicas fijadas en la misma, o habiendo obtenido la autorización por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular¹⁰³.

b.3) Insuficiencia de recursos propios en distinta cuantía que determina su gravedad como infracción¹⁰⁴.

b.4) Incumplimientos contables o de normas de auditoría¹⁰⁵.

b.5) Incumplimientos de deberes de supervisión, por falta de remisión de documentación o información¹⁰⁶.

b.6) Incumplimientos del deber de veracidad informativa debida a sus socios, contrapartes financieras, clientes y al público en general, así como el

¹⁰¹ V. art. 92.a LOSSEC.

¹⁰² V. art. 92.e y art. 93.c LOSSEC.

¹⁰³ V. art. 92.e y art. 93.c LOSSEC.

¹⁰⁴ V. art. 92.c y d y art. 93.g LOSSEC.

¹⁰⁵ V. art. 92, g y h LOSSEC.

¹⁰⁶ V. art. 92.j LOSSEC.

incumplimiento del deber de confidencialidad sobre los datos recibidos de la Central de Información de Riesgos¹⁰⁷.

D) Las sanciones.

Las sanciones se dividen en dos grandes categorías:

a) Sanciones que pueden imponerse a las entidades de crédito infractoras, consistir en multas u otras sanciones operativas, que se tipifican en 3 niveles, según deriven de la comisión de infracciones muy graves (art.97), graves (art.98) o leves (art.99) y que pueden llevar asociadas, en cada caso, de forma adicional una serie de medidas accesorias, tales como requerimientos a los infractores, suspensiones de derechos de voto, amonestaciones públicas o privadas, etc.

b) Sanciones que pueden imponerse a quienes ejerzan cargos de administración o de dirección, consistir en multas u otras sanciones personales (separaciones o suspensiones en el ejercicio del cargo, inhabilitaciones), que también se tipifican en 3 niveles, según deriven de la comisión de infracciones muy graves (art.100), graves (art.101) o leves (art.102) y que pueden llevar asociadas, en cada caso, de forma adicional una serie de medidas accesorias, tales como requerimientos a los infractores, amonestaciones públicas o privadas, etc.

La LOSSEC establece los criterios para la determinación de sanciones y para la fijación de la responsabilidad de los cargos de administración o dirección de las entidades de crédito y de sus grupos consolidables. También se prevé el eventual nombramiento temporal de miembros del órgano de administración de la entidad de crédito afectada cuando ello resulte necesario para su continuidad, habida cuenta de los administradores sancionados¹⁰⁸.

¹⁰⁷ V. art. 92.k LOSSEC.

¹⁰⁸ V. arts. 103 a 106 LOSSEC.

De forma complementaria, la LOSSEC establece las normas del procedimiento sancionador¹⁰⁹, fijando, en concreto, el procedimiento general para la imposición de sanciones y el particular aplicable en el supuesto de infracciones leves; el sistema de nombramiento de instructores o secretarios adjuntos; la forma de practicarse las pruebas; las medidas provisionales que puedan adoptarse (en particular, la suspensión provisional de las personas que ostenten cargos de administración o dirección); la ejecutividad de las sanciones y su impugnación en vía administrativa; las reglas especiales para las sanciones consistentes en multa; el régimen de publicidad de las sanciones; el procedimiento de notificación de infracciones; las disposiciones para el caso de concurrencia de los procedimientos administrativos sancionadores con procedimientos penales; y la remisión de una Memoria de actuaciones sancionadoras por el Banco de España a las Cortes Generales.

VIII. EFECTOS COLATERALES DE LA LOSSEC SOBRE LA REGULACIÓN DEL SISTEMA BANCARIO.

Junto a la reforma del edificio central de la regulación bancaria, la LOSSEC ha modificado, por razones de coherencia, dos tipos de disposiciones:

A) Modificación de las leyes reguladoras de determinados tipos de intermediarios financieros.

La LOSSEC modifica el régimen legal de los intermediarios financieros siguientes:

a) Las Cooperativas de Crédito¹¹⁰, modificando el art. 7.4 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, en cuanto al régimen de reembolso de las aportaciones de sus socios¹¹¹.

¹⁰⁹ V. arts. 107 a 118 LOSSEC.

¹¹⁰ Ver LLOBREGAT HURTADO, M.L., “Cooperativas de crédito”, en Alonso Ureba, A. / Martínez Simancas, J. (Dir.), “Derecho del mercado financiero”, Madrid 1994, Tomo I, Vól. 2, pp. 135 y ss.

¹¹¹ V. Disp. Final Segunda LOSSEC y Disp. Final Primera RD 84/2015, que modifica el Reglamento de Cooperativas de Crédito (RD 84/1993).

b) El Instituto de Crédito Oficial, ratificando su calificación legal de entidad de crédito, con los efectos consiguientes de aplicación de la LOSSEC¹¹².

c) Las sociedades de garantía recíproca¹¹³, aplicándoles el régimen de responsabilidad administrativa y calificando, a tal efecto, su Ley 1/1994 y sus desarrollos reglamentarios, como normas de ordenación y disciplina¹¹⁴.

d) El Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, modificando el art. 7 del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, en cuanto a su Comisión Gestora¹¹⁵.

e) Los establecimientos de cambio de moneda, ya que el RD 84/2015, de desarrollo de la LOSSEC, modifica el régimen reglamentario del cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito¹¹⁶.

B) Modificación de normas sobre otros aspectos colaterales de la regulación bancaria.

La LOSSEC también ha modificado, por razones de coherencia de la regulación de la actividad bancaria, los siguientes aspectos:

¹¹² V. Disp. Adicional Octava LOSSEC.

¹¹³ Ver RONCERO SÁNCHEZ, A., “La Sociedad de Garantía Recíproca”, en Alonso Ureba, A. / Martínez Simancas, J. (Dirs.), “Derecho del mercado financiero”, Madrid 1994, Tomo I, Vól. 1, pp. 673 y ss.

¹¹⁴ V. Disp. Adicional Décima LOSSEC.

¹¹⁵ V. Disposición final octava LOSSEC y Disposición adicional sexta del RD 84/2015, sobre “representantes de las entidades adheridas en la Comisión Gestora del Fondo de Garantía de Depósitos”.

¹¹⁶ V. Disposición final segunda del RD 84/20145, que modifica el RD 2660/1998, de 14 de diciembre.

a) Los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes a efectos de la normativa de solvencia y régimen fiscal aplicable a las mismas así como a determinados instrumentos de deuda¹¹⁷.

b) La inaplicación del límite legal máximo previsto en el art. 405 de la LSC para las sociedades anónimas en general a la emisión de obligaciones por parte de las entidades de crédito, en línea con lo dispuesto para las sociedades anónimas cotizadas en el art. 510 de aquella LSC¹¹⁸.

c) Las operaciones de arrendamiento financiero, que se definen como “aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas”. Añadiendo la LOSSEC el requisito de que los bienes objeto de cesión queden afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales y en de que el contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario. Además, se permite que las entidades que realicen operaciones de arrendamiento financiero realicen, con carácter complementario, actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos, la concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura; la intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero; actividades de arrendamiento no financiero, que podrán complementar o no con una opción de compra; y el asesoramiento y elaboración de informes comerciales¹¹⁹.

d) La supervisión de entidades no inscritas en registros administrativos; facultando al Ministerio de Economía y Competitividad, de oficio o a instancia del Banco de España o de cualquier otra autoridad, para solicitar de las personas

¹¹⁷ V.Disp. Adicional Primera LOSSEC y Disposición adicional primera del RD 84/2015, sobre la “aprobación previa de los instrumentos de capital de nivel 1 adicional y de nivel 2”.

¹¹⁸ V. Disp. Adicional Segunda LOSSEC.

¹¹⁹ V. Disp. Adicional Tercera LOSSEC.

físicas o jurídicas que, sin estar inscritas en algunos de los registros administrativos legalmente previstos para entidades de carácter financiero, ofrezcan al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros, cualquiera que sea su naturaleza el suministro de cualquier información, contable o de otra naturaleza, relativa a sus actividades financieras, con el grado de detalle y con la periodicidad que se estimen convenientes; o realizar, por sí o a través del Banco de España, las inspecciones que se consideren necesarias a efectos de aclarar cualquier aspecto de las actividades financieras de dichas personas o entidades y su adecuación al ordenamiento jurídico¹²⁰.

e) La LOSSEC se refiere también a otros aspectos tales como el régimen jurídico de los sistemas institucionales de protección (Disp. Adicional Quinta); a la exigencia de que el capital de las entidades de crédito que tengan la forma de SA revistan la forma de acciones nominativas (Disp. Adicional Séptima); a la incompatibilidad de los auditores para realizar trabajos en entidades de crédito (Disp. Adicional Décima); a la responsabilidad de los miembros de la comisión de control de las cajas de ahorros (Disp. Adicional Decimoprimera); a la autorización de operaciones de modificación estructurales de entidades de crédito (Disp. Adicional Decimosegunda); al régimen para la adaptación de los Estatutos de las cooperativas de crédito (Disp. Adicional Decimotercera); y a la coordinación de las competencias sancionadoras del Estado y de las Comunidades Autónomas (Disp. Adicional Decimocuarta).

C) Las bases de la protección del cliente bancario.

Procede poner fin a este epígrafe de nuestro Estudio haciendo referencia a la otra parte de la actividad bancaria (la clientela) para recordar que la LOSSEC establece los principios esenciales de protección del cliente de las entidades de crédito¹²¹ y

¹²⁰ V. Disp. Adicional Cuart. a LOSSEC.

¹²¹ Sobre la normativa anterior a la LOSSEC, ver RODRIGUEZ art. IGAS, F., “Contratación bancaria y protección de los consumidores. El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en Alonso Ureba, A./ Martínez Simancas, J. (Dirs.), “Derecho del mercado financiero”, Madrid 1994, Tomo II, Vól. 1, pág. 65 y ss.; IZQUIERDO CARRASCO, M., “Régimen jurídico de la protección de la clientela en los servicios

habilita al Ministro de Economía y Competitividad para dictar disposiciones a tal efecto con un doble alcance¹²²:

a) Un alcance general que busca proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito. Para ello, trata de las materias básicas implicadas en aquella protección del cliente y, en cada una de ellas, establece los principios tuitivos, que las normas reglamentarias deben poner en práctica. De tal modo que se refiere a la información precontractual y contractual y la documentación de los contratos que han de facilitarse a los clientes¹²³; la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España¹²⁴; los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los servicios o productos bancarios y las modalidades de control administrativo sobre la misma, con la finalidad de que ésta resulte clara, suficiente, objetiva y no engañosa; y las especialidades de la contratación de servicios o productos bancarios de forma electrónica o por otras vías de comunicación a distancia¹²⁵.

prestados por entidades de crédito”; y PONCE HUERTA, J., “Introducción a los mecanismos de protección de los clientes de servicios bancarios”, ambos en Muñoz Machado, S. / Vega Serrano, J.M., (Dirs.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Madrid 2013, pág.681 y ss. y pág.635 y ss. respectivamente.

¹²² V. art. 5 LOSSEC.

¹²³ Las normas reglamentarias que se dicten deben permitir el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar que estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera.

¹²⁴ Sobre la normativa anterior a la LOSSEC, ver GUTIERREZ ALONSO, J.J. / Guichot Reina, E., “La transparencia en la regulación bancaria” en Muñoz Machado, S. / Vega Serrano, J.M., (Dirs.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Madrid 2013, Madrid 2013, pág.209 y ss.

¹²⁵ Sobre la normativa previa a la LOSSEC, ver VIERA GONZÁLEZ, A.J. “Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, en Sequeira, A. / Gadea, E. / Sacristán, F., “La contratación bancaria”, Madrid, 2007, pág. 145 y ss.

b) Un alcance especialmente referido a las operaciones bancarias activas, esto es, a la comercialización de préstamos o créditos, donde la LOSSEC establece los principios que han de orientar las disposiciones que dicte el Ministro de Economía y Competitividad¹²⁶.

Por último, en este ámbito de la protección del cliente bancario, la LOSSEC hace dos precisiones normativas que se refieren: por una parte, a la posibilidad de que el Ministerio de Economía y Competitividad efectúe, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios; y, por otro lado, a la eficacia de las normas que apruebe el Ministro de Economía y Competitividad como garantía de nivel mínimo de protección que deberán respetar las disposiciones que, en el ejercicio de sus competencias, puedan dictar las Comunidades Autónomas en materia de protección del cliente bancario.

IX. CONCLUSIONES.

1ª. La LOSSEC de 2014 representa un primer paso regulatorio que tendrá efectos de expansión geométrica sobre nuestro mercado bancario ya que ha establecido las bases normativas de la nueva arquitectura regulatoria del sistema bancario español; bases que serán objeto de los abundantes desarrollos reglamentarios previstos en la propia LOSSEC en forma de Reales Decretos, Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España; amén de las nuevas guías en materia supervisora que podrá elaborar el Banco de España. El primer paso de este desarrollo está constituido por el RD 84/2015.

¹²⁶ Son la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo; la adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración; la consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia; la obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante; la información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente; y el respeto de las normas de protección de datos.

2ª. Junto al edificio central de las disposiciones subjetivas en materia de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito; la LOSSEC –y el RD 84/2015- ha producido efectos regulatorios relevantes en zonas colaterales del sistema financiero por cuanto ha afectado tanto a aspectos subjetivos y objetivos de la actividad bancaria, modificando, por ejemplo, el régimen de las sociedades de garantía recíproca; como a aspectos subjetivos y objetivos del mercado de instrumentos financieros, modificando el estatuto jurídico de algunos tipos de mercados secundarios de valores y de las empresas de servicios de inversión con su reforma de la LMV. Tiene una especial importancia el establecimiento por la LOSSEC de las bases de protección del cliente bancario mediante la expresa habilitación normativa a favor del Ministerio de Economía y Competitividad.

3ª. El origen de la LOSSEC se encuentra en la necesaria adaptación de nuestra regulación de las entidades de crédito a las exigencias derivadas de la normativa internacional que ha venido decisivamente condicionada, en su origen, por la necesidad de prevenir las crisis financieras sistémicas a raíz de la experiencia de la crisis desencadenada en el año 2008. En particular, este impulso internacional de la LOSSEC tiene un doble alcance: primero, un alcance de Derecho comunitario, porque la LOSSEC incorpora los aspectos de desarrollo del Reglamento (UE) nº 575/2013 y los mandatos de armonización de la Directiva 2013/36/UE. Segundo, un alcance de Derecho internacional global, porque la LOSSEC también incorpora algunos aspectos relevantes de los acuerdos del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

4ª. La aplicación y el desarrollo normativo de la LOSSEC deberá tener en cuenta el contexto de las disposiciones -anteriores y posteriores a su publicación- que han establecido los tres pilares de la Unión Bancaria, a saber: el Mecanismo Único de Supervisión (MUS), el Mecanismo Único de Resolución (MUR) y la armonización de los Sistemas de Garantías de Depósitos. En particular, la LOSSEC interacciona con la normativa interna de reestructuración de entidades de crédito (Ley 9/2012), a la que expresamente se remite en distintas ocasiones (por ejemplo, el enumerar las causas para adoptar las medidas de intervención y sustitución de los administradores de las entidades de crédito).

5ª. La LOSSEC ordena el estatuto jurídico de las entidades de crédito siguiendo el paradigma regulatorio común a los intermediarios financieros en el Derecho comunitario que se puede explicar en las 4 fases de: tipificación de la actividad bancaria, reserva de la misma a favor de las entidades de crédito autorizadas y registradas, exigencia de que estas entidades cumplan determinados requisitos corporativos, organizativos y financieros para obtener la autorización administrativa (que sigue el modelo de autorización sobre proyecto de constitución) y exigencia de que estas mismas entidades de crédito mantengan -a lo largo de toda su existencia- unas condiciones de ejercicio de la actividad que igualmente inciden en aspectos corporativos, organizativos y financieros.

6ª. Este paradigma regulatorio exige que la autoridad competente en materia de supervisión bancaria -que en nuestro caso es el Banco de España- desarrolle las funciones de supervisión del cumplimiento de las obligaciones exigibles a las entidades de crédito y de sanción a las entidades de crédito y sus gestores que incumplan aquellas obligaciones.

7ª. La actividad bancaria se tipifica por la LOSSEC por referencia al núcleo esencial de la intermediación indirecta en el crédito mediante la interconexión de las operaciones bancarias pasivas y activas.

8ª. La LOSSEC reserva a favor de las entidades de crédito autoridades de crédito las operaciones bancarias pasivas de captación de fondos reembolsables del público y garantiza dicha reserva mediante estímulos positivos de uso de las denominaciones típicas y estímulos negativos de prohibición de realización de dichas operaciones por sujetos distintos y de barreras de acceso a los registros públicos.

9ª. Las condiciones de acceso de las entidades de crédito a la actividad bancaria se concentran en la autorización administrativa por el Banco de España que hará un control de calidad corporativa, organizativa y financiera de la entidad que tendrá un distinto alcance según se trate de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado extracomunitario.

10ª. La LOSSEC –y el RD 84/2015- exigen que las entidades de crédito cumplan en todo momento las condiciones de ejercicio de la actividad bancaria que inciden en los aspectos corporativos (de control público de las participaciones significativas, de idoneidad de sus altos cargos y de gobierno corporativo y política de remuneraciones), organizativos (particularmente en cuanto a la gestión de los riesgos típicos de la actividad bancaria) y financieros (en especial, relativos a la solvencia y la liquidez de las entidades).

11ª. La regulación por la LOSSEC –y por el RD 84/2015- de la supervisión de las entidades de crédito por el Banco de España distingue las facultades de este último y los deberes de las entidades supervisadas en dos tipos de situaciones: cuando la entidad de crédito cumple los requisitos normales de solvencia y cuando se encuentra en una situación igual o potencial de crisis económica, dado que en este último caso se puede adoptar las medidas de supervisión prudencial o de intervención o sustitución de su órgano de administración.

12ª. La regulación del régimen sancionador de las entidades de crédito por parte de la LOSSEC se puede explicar como una ecuación de tres factores que operan de forma sucesiva, de tal modo que: cuando una persona física o jurídica sujeta al régimen de supervisión especial (que puede ser una entidad de crédito, sus administradores o directivos o el resto de personas afectadas) desarrolla una conducta que se tipifica como infracción muy grave, grave o leve; se produce la consecuencia de su sanción que puede tener un alcance económico, en forma de multa, o personal, en forma de suspensión o revocación de la autorización de la entidad o de separación o inhabilitación de sus administradores o directivos.